3 1791 09492603 7

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/traitlmentairede01plan

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

TOME PREMIER

Chaque exemplaire doit porter la griffe de l'auteur et celle d'un des administrateurs délégués.

PARIS. — TYPOGRAPHIE PLON-NOURRIT ET Cie, 8, RUE GARANCIÈRE. — 24052.

Law
For
P4124t

300

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

PAR

MARCEL PLANIOL

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

HUITIÈME ÉDITION

TOME PREMIER

Principes généraux
Les personnes
La famille — Les incapables
Les biens

39684
1.10.41

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT (5e ARR.)

1920

Tous droits réservés.

PLAN DE L'OUVRAGE

Pages

Préface VII

Index bibliographique XIII

Abréviations et observations XV

Introduction 1

Du droit en général, p. 1. Le droit français avant la Révolution, p. 12. Révolution et Empire, confection du Code civil, p. 22. Le droit français depuis la codification, p. 36. Pays étrangers, Codes anciens et modernes, p. 51.

Les principes généraux 61

Théorie générale des lois. Caractères, p. 61. Variétés et hiérarchie, p. 63. Confection, p. 66. Promulgation, p. 67. Application territoriale, p. 72. Interprétation, p. 78. Abrogation, p. 87. Durée d'application et rétroactivité, p. 89.

Théorie générale des actes juridiques. Importance et définition, p. 98. La volonté et ses vices, p. 99. Forme des actes juridiques, p. 104. Liberté des parties, p. 106. Effet relatif, p. 108. Modalités, p. 113. Nullités, p. 119.

Théorie générale des preuves. Notions sommaires, p. 132.

Les personnes 137

Personnalité, p. 137. Nom, p. 141. État et capacité, p. 152. Actions d'état, p. 157. Actes de l'état civil, p. 163. Domicile, p. 196. Absence, p. 214.

La famille 223

Généralités. Histoire, p. 223. Sources et effets des relations de famille, p. 224. Obligation alimentaire, p. 229.

Mariage. Notions préliminaires et historiques, p. 237. Conditions naturelles d'aptitude au mariage, p. 242. Prohibitions particulières, p. 245. Consentement des parents, p. 251. Fiançailles, p. 259. Publication et oppositions, p. 261. Célébration, p. 272. Preuve, p. 281. Effets, p. 288. Incapacité de la femme, p. 299. Nullités, p. 324. Mariages putatifs, p. 350. Secondes noces, p. 357.

Divorce. Notions générales et historiques, p. 359. Causes, p. 363. Procédure et exercice de l'action, p. 373. Mesures provisoires, p. 389. Effets, p. 393.

Séparation de corps. Généralités, p. 401. Causes, p. 403. Formes, p. 405. Effets, p. 407. Cessation, p. 413.

Filiation. Généralités, p. 419. Preuve de la légitimité, p. 423. Preuve de la maternité légitime, p. 427. Présomption de paternité et désaveu, p. 435. Reconnaissance des enfants naturels, p. 450. Recherches de filiation naturelle, p. 466.

Légitimation. P. 480.

Adoption. P. 487.

Pages.

Les incapables 495

Généralités. P. 495. Causes d'incapacité, p. 496. Moyens de protection, p. 501.

Puissance paternelle. Notions générales et historiques, p. 504. Personnes investies de cette puissance, p. 506. Droits et charges des parents, p. 510. Déchéance, p. 531.

Tutelle. P. 537. Ouverture, p. 539. Conseil de famille, p. 542. Tuteur, p. 550. Subrogé tuteur, p. 568. Gouvernement de la personne du mineur, p. 571. Gestion du patrimoine, p. 574. Cessation, p. 596.

Émancipation. But et formes, p. 600. Capacité du mineur émancipé, p. 604. Curatelle, p. 607.

Aliénés. Interdiction, p. 615. Internement, p. 622. Incapacité personnelle, p. 625. Gestion des biens, p. 631.

Conseil judiciaire. P. 636.

Les biens 647

Généralités. Notion du patrimoine, p. 647. Classifications diverses des biens, p. 657. Meubles et immeubles, p. 665.

Possession. P. 693. Actions possessoires, p. 705. Possession précaire, p. 708.

Propriété. P. 713. Histoire, p. 715. Analyse des droits du propriétaire, p. 718. Régime spécial de la propriété foncière, p. 732. Mines et carrières, p. 740. Régime des eaux, p. 743. Expropriation, p. 751. Revendication des immeubles, p. 753 ; des meubles, p. 756. Indivision, p. 768. Mitoyenneté, p. 771. Offices, p. 777. Propriété littéraire, p. 782. Lettres missives, p. 786.

Manières d'acquérir. Généralités, p. 788. Occupation, p. 790. Aliénation volontaire, p. 798. Transcription, p. 805. Usucapion, p. 823. Accession, p. 846. Autres modes, p. 855.

Droits réels divers. Usufruit, p. 857. Usage et habitation, p. 896. Servitudes, p. 896. Emphytéose, p. 938. Rentes foncières, p. 938.

Propriété collective. Existence et caractère de la propriété collective, p. 942. La fiction de personnalité, p. 943. Classification des personnes fictives, p. 949. Établissements publics, p. 949 ; d'utilité publique, p. 952. Domaine public et privé de l'État, des départements et des communes, p. 963.

Tables 977

Table alphabétique des matières, p. 977.

Table des textes, p. 1007.

PRÉFACE

Changement de programme en 1904. — Lorsque parut la première édition de cet ouvrage (1), les étudiants en droit étaient soumis au programme rédigé par M. Bufnoir (arrêté ministériel du 24 juillet 1895). A cette époque, l'examen de première année avait été sensiblement allégé : on en avait retiré tout ce qui concerne l'organisation de la famille (*mariage*, *divorce*, *filiation*, *adoption*) ainsi que la protection des incapables (*puissance paternelle*, *tutelle*, *émancipation*, *interdiction* et *conseil judiciaire*). De la sorte, le professeur avait du temps libre pour exposer à ses élèves, selon sa méthode personnelle, des idées générales, des notions élémentaires, qui sont le préliminaire obligé de tout enseignement. Il pouvait même y joindre, selon son goût, des notions historiques et philosophiques. C'était un très grand progrès au point de vue scientifique ; malheureusement, il y avait eu quelque chose d'excessif dans la façon dont cette idée avait été exécutée et on avait trop vidé le programme de la première année. Aussi cette réforme, qui avait bouleversé de très vieilles habitudes et qui avait suscité des rancunes acharnées, a-t-elle fini par succomber, et un nouvel arrêté ministériel du 20 juillet 1904 a ajouté au programme de l'examen de première année les matières ci-dessus indiquées, que M. Bufnoir avait reportées en troisième année. Le résultat de cette nouvelle réforme est certainement pire que l'état de choses antérieur. S'il est une année dans laquelle le professeur de droit civil ait besoin d'avoir du temps libre, afin de pouvoir expliquer lentement les matières qu'il parcourt, c'est certainement en première année, alors qu'il a affaire à des débutants, toujours déroutés par l'aspect nouveau des questions et qui ont besoin de se familiariser avec la langue très spéciale du droit. S'il devait y avoir une année chargée, il valait bien mieux que ce fût la troisième, dans laquelle les auditeurs, touchant à la fin de leurs études, peuvent comprendre bien des choses à demi-mot et retrouver par eux-mêmes tous les détails que le

(1) Le tome premier de la première édition a été mis en vente le 2 octobre 1899.

professeur omet dans son cours. Actuellement le professeur de première année est obligé de courir la poste et de faire défiler sous les yeux de ses élèves près de la moitié du droit civil en quelques mois. Les résultats de ce procédé ne peuvent pas être bons.

Matières comprises dans l'examen de première année. — Les étudiants qui ont commencé leur droit depuis le 1er novembre 1904 sont soumis au nouveau régime. D'après l'arrêté du 24 juillet 1904, les matières comprises dans leur premier examen sont les suivantes : le titre préliminaire du Code civil ; le livre premier (moins le titre 1er et le titre 4) ; le livre II, en entier ; le livre III, dispositions générales, plus les articles 939 à 942, 1138 à 1141, et ceux du titre XX qui concernent la prescription acquisitive ; enfin la loi du 23 mars 1855, art. 1 à 3. Le présent volume contient toutes ces matières et ne renferme aucune des matières attribuées par les programmes aux examens de deuxième ou de troisième année (1).

On ne saurait trop regretter que les arrêtés ministériels qui se succèdent s'obstinent à indiquer les éléments du programme par des numéros d'articles, comme si la loi était un texte saint, en dehors duquel il n'existerait rien qui pût former la matière de l'enseignement ; on a bien d'autres choses à faire dans un cours qu'à commenter mot par mot des articles de loi. Il vaudrait bien mieux indiquer les matières par leurs noms : mariage, divorce, puissance paternelle, organisation de la propriété, etc..., en laissant aux professeurs le soin de rechercher dans nos lois les textes qui s'y rapportent. On ne s'exposerait pas ainsi à certains dangers auxquels n'a pas échappé l'arrêté ministériel de 1904. Pour n'en citer qu'un exemple, il a omis des lois indispensables à connaître, entre autres la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dont l'importance pratique est beaucoup plus grande que celle des textes du Code civil sur l'interdiction, tandis qu'à l'inverse, en mentionnant comme compris dans le programme, le titre préliminaire du Code civil, il a l'air d'y faire rentrer l'art. 3, qui en est certainement exclu, comme réglant le *conflit des lois*, qui est une des parties principales du droit international privé. Heureusement il existe dans les Facultés des traditions d'enseignement qui corrigent ces méprises législatives. Quel est le professeur de droit civil qui laisserait ignorer à ses élèves les lois dépendant du Code rural, la loi de 1898 sur le régime des eaux, la loi de 1902 sur l'emphytéose, et tant d'autres, auxquelles les rédacteurs de l'arrêté ministériel n'ont pas pensé ?

Sera-t-il interdit au professeur d'apprendre à son auditoire que le droit civil est partout en contact avec le droit administratif, avec le droit pénal, avec le droit commercial, avec la procédure, dont le programme ne souffle

(1) Le programme de 1895 comprenait les mêmes matières, moins la famille et les incapables (nos 637 à 2146 du présent volume).

pas mot? On aurait cherché à rétrécir l'horizon de l'enseignement du droit civil qu'on n'aurait pas procédé autrement.

Le présent *Traité* a été écrit avec la préoccupation de rattacher le droit civil à l'ensemble de la vie sociale, non seulement dans le présent, mais aussi dans le passé d'où il est sorti. En outre j'y ai maintenu, dans la mesure du possible, ce qui faisait le mérite et l'honneur de la conception de M. Bufnoir : les idées élémentaires et générales, sans lesquelles il est impossible de comprendre la moindre question de droit.

Rappelons enfin que, depuis 1895, toutes les questions relatives à la *nationalité* ont été retirées des programmes du droit civil pour être rattachées au droit international privé, dont ils forment naturellement une dépendance. C'est pour cela qu'on ne trouvera rien dans cet ouvrage sur les articles 8 à 21 du Code civil (*Distinction des Français et des étrangers*). J'y ai cependant conservé un court résumé des explications que nécessite l'article 3, parce que la théorie des lois ne serait vraiment pas complète sans lui ; mais les étudiants n'ont pas à s'en préoccuper.

Ordre a suivre dans l'enseignement. — Avant 1895, les programmes officiels obligeaient les professeurs de droit civil à suivre l'ordre du Code Napoléon, et la plupart s'y conformaient jusque dans les détails. Encore aujourd'hui, beaucoup de personnes pensent que cet ordre est le meilleur, et que cette méthode a en outre l'avantage de familiariser les élèves avec la loi. J'estime que c'est une erreur absolue. Le cours a un rôle bien supérieur à remplir, et c'est par l'usage que l'on fait du Code, en le feuilletant, qu'on doit en apprendre la distribution, ce qui est, après tout, un point secondaire ; c'est à la longue, et par l'usage, qu'on retient les numéros des articles. L'enseignement a besoin d'être, à la fois, synthétique et progressif. Le Code civil est fort loin de comprendre tout notre droit civil ; de nombreuses lois existent en dehors de lui, qui en font également partie, et il est nécessaire de laisser à l'enseignement plus de souplesse, au professeur plus d'initiative et de liberté.

Nécessité de tenir compte de la jurisprudence. — Quand le Code était nouveau, alors que la jurisprudence n'avait pas encore eu le temps de donner la solution des questions qu'il soulevait, il s'est formé dans les Facultés une *doctrine*, qui représentait l'opinion personnelle des professeurs les plus éminents, mais qui, pour des raisons diverses, n'a pas toujours été écoutée et suivie par la jurisprudence. A la longue, il s'est formé ainsi une tradition doctrinale qui, malgré son originalité, n'avait pas de valeur pratique. J'ai jugé qu'il était inutile de maintenir ce divorce. A quoi bon enseigner encore, comme étant la formule du droit français actuel, des théories qui ne sont ni écrites dans les lois, ni admises en jurisprudence? C'est donner à notre enseignement une apparence théorique

et fausse, qui en ruine l'autorité quand nos élèves se trouvent ensuite en contact avec une réalité contraire à ce qu'ils ont appris à l'École. Prenons donc la jurisprudence pour ce qu'elle est, pour un droit coutumier de formation récente, et enseignons ses solutions, sauf à dire ce que nous en pensons. La doctrine n'a véritablement une tâche utile à remplir que sur les *questions neuves*, sur lesquelles la jurisprudence est encore hésitante ; qu'elle la guide, qu'elle en facilite la formation, mais qu'elle ne perde pas son temps à combattre des règles acquises.

Nous avons mieux à faire : nous pouvons suivre la jurisprudence dans son développement historique ; montrer comment des constructions considérables ont été élevées à la longue par l'accumulation des arrêts. Toutes les fois que j'en ai trouvé l'occasion, j'ai expliqué ce travail de jurisprudence et, pour en montrer l'importance, j'ai rapproché dans la Table des matières au mot « jurisprudence », ses principaux résultats.

Sur l'emploi de deux caractères différents. — Dans un traité sur l'ensemble du droit civil, même élémentaire, on est obligé de faire figurer certaines matières secondaires, parce que le livre présenterait des *lacunes* si elles ne s'y trouvaient pas ; le lecteur peut en avoir besoin à un moment donné, et il s'étonnerait de ne pas les y rencontrer. Elles n'ont cependant pas la *même valeur éducatrice* que les grandes théories qui contiennent l'exposé des principes fondamentaux ou qui offrent l'occasion d'examiner de grands changements historiques survenus dans la législation : pour n'en citer qu'un exemple emprunté aux matières de prem ère année, il est clair que les pages consacrées à l'étude de la *mitoyenneté* des murs de clôture n'ont pas la même importance que celles qui ont pour objet la *transcription des actes d'aliénation.*

D'autre part, l'étudiant doit trouver dans son manuel autre chose que des questions d'examens : une foule de renseignements, qui n'ont pas en apparence d'utilité directe, lui servent cependant à comprendre le reste. Un *livre* n'est pas un *cours* : le cours doit se borner à *faire comprendre* ; le livre doit *renseigner* et contenir une multitude d'indications de statistique, de bibliographie, de doctrine, de jurisprudence, etc., qui seraient fastidieuses, données du haut de la chaire.

Il résulte de tout cela qu'un traité, même élémentaire, est fort long, d'autant plus que le droit civil est vaste et contient à lui seul presque tout le droit privé, c'est-à-dire englobe la vie entière d'une nation. Pour faire tenir cette accumulation de faits, de documents et d'idées dans un volume qui ne dépasse pas les proportions ordinaires, on est obligé d'employer deux caractères différents, et d'user largement de ce qu'on appelle « le petit texte ». Autant que possible, on imprime en gros caractères les passages importants et les matières principales, et en petit texte les matières spé-

ciales ou les indications complémentaires. J'ai suivi cette habitude. Cependant, il arrive parfois que ce qui est en gros caractères n'est qu'une notion élémentaire et banale, tandis que la difficulté décisive qui donne la clef de toute une matière se trouve reléguée dans le petit texte au milieu d'une question de jurisprudence. Beaucoup d'étudiants, confiants dans la différence des caractères, se dispensent d'apprendre tout ce qui est en petit texte et arrivent ainsi à l'examen dépourvus de notions indispensables. J'ai donc jugé utile d'attirer spécialement l'attention sur les passages importants au moyen d'*astéri ques*. Un double astérisque signale d'une façon plus spéciale les points capitaux, ceux qu'on serait tout à fait impardonnable d'ignorer.

Importance des notions générales. — Dans l'exposé des notions générales que j'ai mises en tête, et principalement sur les *actes juridiques* et les *preuves* (nos 264 à 373), j'ai abordé un certain nombre de points que l'habitude ancienne était de faire entrer dans le cours de deuxième année parce que le Code civil en a parlé à propos des conventions. Néanmoins, comme ces règles constituent ce qu'on pourrait appeler les *principes généraux du droit civil*, et qu'elles dominent toutes les matières, j'ai cru indispensable d'en faire connaître les éléments dès la première année. A chaque instant, pour n'importe quelle matière, on a besoin de se servir des mots *personne*, *auteur*, *ayant cause*, *tiers*, *acte juridique*, *titre*, *transmission universelle ou à titre particulier*, *patrimoine*, *créance*, *droit réel*, *preuve*, *présomption*, *acte authentique*, etc. Comment un jeune homme, qui sort de ses études classiques, peut-il comprendre ce langage technique s'il ne lui a pas été expliqué, alors que les mots y prennent souvent une nuance qu'ils n'ont pas dans la langue ordinaire? Comment expliquer, par exemple, les art. 46, 100, 2230, 2231, et bien d'autres compris comme eux dans les matières de première année, à des jeunes gens qui ne connaissent encore rien des règles sur la preuve?

Conseils pour la préparation de l'examen. — La grande difficulté, pour l'étudiant de première année, est la *méthode de travail*. Il se trouve transporté dans un monde nouveau, il est *dépaysé*, surtout quand il ne réside pas dans une ville où siège une Faculté ou école, dont l'enseignement oral pourrait le guider. Rien ne remplace le cours; néanmoins quelques conseils seront fort utiles, à ceux qui n'ont pas près d'eux une personne capable de les aider. Il ne faut pas s'attacher à apprendre par cœur des séries de dates, de cas particuliers ou d'exceptions à une règle : quand on trouve une série, il faut la lire pour en garder l'impression d'ensemble; mais il suffit ordinairement d'en retenir un ou deux exemples. On doit surtout se pénétrer des *règles de principe*, qui permettent de raisonner et qui s'appliquent à un grand nombre d'hypothèses particulières. Je me suis

efforcé de les mettre en relief, et avec un peu d'habitude on arrivera à discerner ce qui est *fondamental* de ce qui est *accessoire* ou *exceptionnel*. Ce que nous demandons surtout aux candidats, c'est d'acquérir, outre les notions essentielles de chaque matière, une certaine manière de voir et de comprendre les choses qui les mette à même de discuter une question, d'apprécier un argument et de trouver la solution. Le vrai jurisconsulte n'est pas celui qui se rappelle que, dans tel cas déterminé, il existe une difficulté et qui connaît la solution qu'elle a reçue dans la pratique ; c'est celui qui sait *pourquoi* la question est née, *pourquoi* elle a été résolue de cette façon plutôt que d'une autre, et *pourquoi* il y a lieu d'approuver ou de critiquer cette jurisprudence.

L'*introduction* a besoin d'être lue, pour les idées générales qui y sont exposées, et consultée ensuite pour les indications historiques et bibliographiques qui y sont réunies. La *théorie des lois*, importante parce qu'elle domine l'ensemble du droit, est de peu d'usage à l'examen, à part quelques points, comme la différence qui sépare les lois des règlements et de la constitution, et la promulgation des lois.

Au contraire, *la théorie des actes juridiques* contient un très grand nombre de principes fondamentaux, qu'on ne saurait étudier avec trop de soin, et qui donneront la clef d'une foule de difficultés qu'on rencontrera à chaque pas. On fera bien d'y revenir, et à plusieurs reprises, quand on sera déjà avancé dans l'étude du traité, afin de s'en mieux pénétrer et d'en mieux comprendre la portée, à un moment où ces règles, nécessairement abstraites parce qu'elles sont générales, seront déjà éclairées par des exemples.

Beaucoup d'auteurs, en traitant du droit civil, s'abstiennent soigneusement de citer des noms en exposant des opinions ; la science juridique prend ainsi un aspect vide et incolore. Or, il y a dans le droit une vie intense : les systèmes qui se combattent, les tentatives de toutes sortes qui se produisent recouvrent toujours des conflits d'intérêts ou de personnes ; derrière les idées, il y a des individus ou des foules. J'ai donc donné quelques *indications bibliographiques* ; je l'ai fait sobrement, afin d'éviter de surcharger mon livre. Mais la bibliographie est une filière ; j'ai entr'ouvert une porte pour montrer par où l'on peut prendre contact avec les réalités vivantes, avec le monde des discussions parlementaires, judiciaires ou doctrinales, au lieu de placer le lecteur dans un terrain clos de murs et sans horizons. C'est à lui d'en profiter, en élargissant le champ de ses études par des lectures sur les points qui lui paraîtront les plus difficiles à comprendre ou les plus utiles à connaître.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

des ouvrages les plus utiles ou les plus souvent cités

ACCARIAS. *Précis de droit romain*, 2 vol. in-8°. Quatrième édition, 1886-1891.

ALEXANDRESCO. *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, Paris et Bucarest, 1898 (en français).

ARGENTRÉ (BERTRAND D'). Œuvres complètes, comprenant des commentaires sur la coutume de Bretagne (Rédaction de 1539) et des traités spéciaux. Éditions diverses de 1608, 1614, 1621, 1646, sous le titre de *Commentarii in patrias Britonum leges.*

ARTHUYS et SURVILLE. *Droit international privé*, 6e édit., 1916.

AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, en 8 vol. in-8°. La quatrième édition a paru de 1869 à 1878. Une cinquième édition est en cours de publication.

BEAUMANOIR. *Coutumes de Beauvoisis*, 2 vol. in-8°. Ed. Beugnot, 1842; édit. Salmon, 1899-1900.

BÉQUET et LAFERRIÈRE. *Répertoire de droit administratif*, 1882 1912, 28 vol. in-4°.

BERTHÉLEMY. *Traité élémentaire de droit administratif*, 8e édit., 1916.

BEUDANT (CH.). *Cours de droit civil français.* Publication commencée en 1896.

BOURDOT DE RICHEBOURG. *Coutumier général*, 1724. Huit tomes in-folio, souvent reliés en 4 volumes. Recueil presque complet des anciennes coutumes de France.

BOURJON. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, 1747, 2 vol. in-f°.

BRISSAUD. *Cours d'histoire du droit français*, 2 vol., Paris, 1898-1904 (épuisé et rare).

CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT. *Répertoire général alphabétique du droit français*, 37 vol. in-4°, de 1887 à 1906.

CAUWÈS. *Cours d'économie politique*, 3e édit., 1893, 4 vol. in-8°.

CHAUVEAU (M.) et BAUDRY-LACANTINERIE. *Des biens*, 3e édit., 1905, 1 vol. in-8°.

COLMET DE SANTERRE (DEMANTE et). *Cours analytique de Code civil*, 9 vol. in-8°, 2e édit., 1881-1895; 3e édit., 1895-1896 (2 vol. parus).

DALLOZ. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. appelé aussi *Jurisprudence générale*, 44 vol. in-4°, 1844-1869. — *Supplément*, 19 vol. in-4°, 1887-1897.

DALLOZ. *Recueil d'arrêts*, 1 vol. in-4°, par an.

DE LOYNES (P.). *Des privilèges et hypothèques*, 3 vol. in-8°, 3e édit., 1906. Fait partie du *traité de droit civil* publié sous la direction de M. Baudry-Lacantinerie.

DEMANTE. Voy. COLMET DE SANTERRE.

DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8°. Incomplet, composé de traités séparés; éditions nombreuses de 1845 à 1896.

DOMAT (JEAN). *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol. in-f°. Éditions nombreuses de 1689 à 1777.

DRAMARD. *Bibliographie raisonnée du droit civil*, Paris, 1879, in-8°.

DUCROCQ. *Cours de droit administratif*, 7e édit., 1897-1905, 7 vol. in-8°.

DUMOULIN. *Opera omnia*, 5 vol. in-8°. La dernière édition est de 1681.

ESMEIN. *Cours d'histoire du droit français*, 12e édit., 1919.

ESMEIN. *Éléments de droit constitutionnel*, 6e édit., 1914.

ESMEIN. *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, 2 vol. in-8°.

FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827-1828, 15 vol. in-8°.

FERRIÈRE (CLAUDE DE). *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2e édit., en 4 vol. in-f°, Paris, 1713.

FERRIÈRE. *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris;* nouvelle édition par Sauvan d'Aramon, Paris, 1770, 2 vol. in-12.

GARSONNET. *Traité théorique et pratique de procédure*, 2e édit. 1898-1904, 8 vol. in-8°. Une troisième édition est en c urs de publication.

GÉNY. *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique*, 2e édit., Paris, 1919. 2 vol. in-8°.

GIRARD. *Manuel de droit romain*, 6e édit., 1918.

GUILLOUARD. Traités divers sur le *louage*, le *contrat de mariage*, la *vente*, le *nantissement*, les *privilèges et hypothèques*, etc., faisant suite au grand ouvrage laissé incomplet par M. Demolombe.

HOUQUES-FOURCADE et BAUDRY. *Des personnes*, 2 vol., 1896-1900.

HUC. *Commentaire du Code civil*, 15 vol., 1892 à 1903.

HUC et ORSIER. *Code civil italien.* Traduction et commentaire, 2 vol., 1868.

LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 2 vol., 1888-1892.

LAURENT. *Principes du droit civil français* (ouvrage belge), 33 vol. in-8°. Un supplément en 8 vol. (1898-1903) complète l'ouvrage.

LAURENT. *Avant-projet de revision du Code civil*, 6 vol. in-4°, Bruxelles, 1882-1885.

LAURIÈRE (EUSÈBE DE). *Textes des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1778, 3 vol. in-12.

LIVRE DU CENTENAIRE (du Code civil), 2 vol. gr. in-8°, Paris, 1904. Recueil d'études diverses.

LOCRÉ. *Législation civile, commerciale et criminelle de la France.* Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes, 31 vol. in-8°, Paris, 1829-1832.

LOYSEL (ANTOINE). *Institutes coutumières.* Première édition en 1646. Annoté par Eusèbe de Laurière en 1710. Réimpressions en 1758, 1764 et 1783. Nouvelle édition par Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, 2 vol. in-12.

LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial.* La première édition, parue en 1884, sous le titre de *Précis*, n'avait que 2 vol. Une quatrième édition, en 10 vol., est en cours de publication.

MAYNZ. *Cours de droit romain* (ouvrage belge), 3 vol. in-4°.

MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4e édit., 1812 à 1826, 17 vol. in-4°.

MERLIN. *Questions de droit* (Recueil alphabétique des — qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux). Quatre éditions de 1810 à 1830.

PANDECTES FRANÇAISES. Recueil périodique d'arrêts, fondé en 1886, dirigé par MM. Weiss et Louis Lucas. Fusionné en 1908 avec le *Sirey.*

POTHIER. *Œuvres*, annotées par M. Bugnet. 2e édit., Paris, 1861-1862.

RÉCY (DE). *Traité du domaine public*, 2e édit., 1894, 2 vol. in-8° (Extrait du *Répertoire* de BÉQUET).

ROGUIN. *La règle du droit.* Étude de science juridique pure, 1 vol. in-8°, Lausanne et Paris, 1889.

SIMONET. *Traité élémentaire de droit public et administratif.* 4e édit., 1902.

SIREY. *Recueil général des lois et des arrêts.* 1 vol. in-4° par an. La collection complète, étant épuisée, va être refondue en 20 volumes de 1791 à 1900.

THALLER. *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e édit., 1916.

TISSIER (THÉOD.). *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique*, 1896, 2 vol. in-8° (Extrait du *Répertoire de* BÉQUET).

VALÉRY. *Manuel de droit international privé*, 1914.

VIOLLET (PAUL). *Histoire du droit civil français*, 3e édit., 1905.

WEISS (ANDRÉ). *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1892-1905, 5 vol. in-8°. Une seconde édition est en cours de publication.

ABRÉVIATIONS

A. C..... Ancienne coutume. Rédaction d'une coutume qui a été ensuite réformée (Voy. N. C.).
Al..... Alinéa.
Ann. étr. .. *Annuaire de législation étrangère*, publié par la Société de législation comparée. Voy. ci-dessous, nº 142.
Arg. art.... Argument tiré de l'article.
Cass..... Arrêt de la Cour de cassation.
Cbn..... Combinés.
C. ..... Code.
C. civ..... Code civil. Cette abréviation se rapporte toujours au Code civil français ; les codes étrangers sont toujours indiqués d'une manière spéciale.
C. com..... Code de commerce.
C. I. crim... Code d'instruction criminelle.
Comp..... Comparez.
C. pén..... Code pénal.
C. proc. civ. Code de procédure civile.
D..... Dalloz. Recueil périodique d'arrêts. Cette abréviation : D. 78. 1. 89, signifie : Dalloz, année 1878, première partie, p. 89. Voy. ci-dessous, nº 126.
Décl..... Déclaration du roi.
Décr. ..... Décret.
Dig. ..... *Digeste.* Recueil de droit romain fait par ordre de Justinien au VIe siècle. Les citations se font ainsi : *Dig.* liv. X, tit. I, fr. 2, § 3. Les lettres fr. désignent les différents fragments ; le premier § de chacun d'eux, qui ne porte pas de numéro, s'appelle *principium* et se désigne par les lettres pr.
L..... Loi.
N. C..... Nouvelle coutume (dernière rédaction d'une coutume).
P..... *Pandectes françaises.* Recueil périodique d'arrêts. Voy. ci-dessous, nº 126.
Répert...... *Répertoire alphabétique* de Dalloz. Voy. ci-dessous, nº 132.
S. ..... Sirey. Recueil d'arrêts. Voy. ci-dessous, nº 126. Pour le mode de citation, voy. ci-dessus, D.
S. chr. .... *Sirey chronologique.* Réimpression des premières années de Sirey jusqu'à 1830, dans laquelle les arrêts importants ont seuls été conservés et mis par ordre chronologique.
Suppl. .... *Supplément* du Répertoire de Dalloz. Voy. ci-dessous, nº 132.
T..... Tome.
T. A. C..... *Très ancienne coutume.* Rédaction primitive d'une coutume qui, comme celle de Bretagne, en a eu trois successives.
Vº..... (Verbo) au mot.

OBSERVATIONS

Tout article cité sans indication spéciale est un article du Code civil.
L'astérisque simple * indique un passage à étudier spécialement en vue de l'examen.
Le double astérisque ** indique les points les plus importants.
Pothier est toujours cité d'après l'édition Bugnet ; Loysel, d'après l'édition Dupin et Laboulaye ; le Digeste, d'après l'édition Mommsen.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT EN GÉNÉRAL

§ 1. — *Définition du droit.*

1. Étymologie du mot « droit ». — Le mot « droit » est une métaphore. Il vient de *directum*, pris dans son sens figuré, et désigne *ce qui est conforme à la règle*, c'est-à-dire à la loi. La même métaphore se retrouve dans la plupart des langues européennes modernes, en anglais (*right*), en allemand (*recht*), en hollandais (*recht*, anciennement *regt*), en espagnol (*derecho*), en italien (*diritto*), en roumain (*dreptu*), etc., mais elle n'existait pas encore dans les langues anciennes, ni en grec ni en latin, où les mots *rectum*, κατόρθωμα, seuls comparables par leur étymologie avec notre mot « droit », avaient un sens plutôt moral que juridique. Ce que nous appelons « le droit » se disait en latin *jus*, et en grec ἡ δίκη ou τὸ δίκαιον (1).

** **2. Ses deux sens principaux.** — Les emplois très variés qu'a reçus le mot « droit » se ramènent à deux sens principaux.

Dans son sens fondamental, le mot « droit » désigne une *faculté reconnue à une personne par la loi, et qui lui permet d'accomplir des actes déterminés* (2). Tels sont : le *droit de propriété*, qui permet au propriétaire d'utiliser une chose pour son profit, à l'exclusion de toute autre personne ; le *droit de tester*, qui permet à une personne d'attribuer ses biens à des successeurs de son choix. La *puissance paternelle* est un droit, parce qu'elle permet au père de faire prévaloir sa volonté pour l'éducation de ses enfants. Ainsi encore on parle du *droit de pêche*, du *droit de chasse*, des *droits politiques*, etc.

Dans un autre sens, le mot « droit » désigne l'*ensemble des lois*, c'est-à-dire les règles juridiques applicables aux actes des hommes. Ainsi, on peut dire que les *droits* des individus sont déterminés par le *droit*, en prenant ce mot successivement dans ses deux sens.

Quand le mot droit est pris dans le second sens, il appelle ordinairement un qualificatif, parce qu'il est rare qu'on parle du droit entier, c'est-à-dire de l'ensemble des lois établies par les hommes à toute époque ; presque toujours on n'a en vue qu'une partie du droit. Tantôt c'est le *droit d'un peuple :* « droit français », « droit anglais », droit italien », etc. Tantôt c'est le *droit d'une période :* « droit romain », usité jadis, par opposition aux législations modernes des différents peuples de l'Europe. Pour chaque peuple on peut faire des subdivisions. Par exemple, en France, nous parlons « de l'ancien droit » (antérieur à la révolution de 1789) et du « droit moderne » (issu de cette révolution). Tantôt enfin, la partie du droit

(1) Comparez MICHEL BRÉAL, *Sur l'origine des mots désignant le droit et la loi en latin* (*Nouvelle Revue historique de droit*, 1883, p. 603).

(2) Comparez IHERING : « Les droits sont *des intérêts juridiquement protégés*. Le droit est la sécurité juridique de la jouissance » (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, § 71, p. 337).

que l'on considère est la *législation propre à une matière particulière :* le « droit constitutionnel », qui détermine les attributions des différents organes de l'État ; le « droit pénal », qui règle la poursuite et la condamnation des délits ; le « droit commercial », le « droit industriel », propres aux actes de commerce et aux opérations industrielles, etc.

3. Objet et caractère de la science du droit. — La science du droit a pour objet le droit pris dans ses deux sens, car il est impossible de les séparer comme objet d'étude ; en s'occupant des législations, on s'occupe nécessairement des actes de toute nature que ces législations régissent, et la réciproque est vraie.

Le droit est une *science*. Ce n'est pas ainsi pourtant que le définissaient les anciens, qui voyaient en lui un *art :* « Ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et æqui » (Ulpien, *Institutionum liber I*, 1 ; reproduit au *Digeste*, I, 1, 1, pr.). En effet il y a une fonction sociale qui consiste à résoudre les questions de droit, c'est celle du juge, de l'avocat, de l'administrateur, du notaire, etc. ; mais cet art n'est que la mise en pratique d'une science préalablement acquise. Cette science juridique se rapproche plus des sciences historiques ou de l'histoire naturelle que des sciences exactes ou des sciences physiques, car le droit se transforme sans cesse, et ses principes sont loin d'avoir la fixité des vérités mathématiques ou des lois physiques ; le droit est mobile comme la vie et comme l'opinion humaine.

§ 2. — *Distinction du droit positif et du droit naturel.*

4. Définition du droit positif. — On appelle « droit positif » les règles juridiques en vigueur dans un État, quel que soit d'ailleurs leur caractère particulier, constitutions, lois, décrets, ordonnances, coutumes, jurisprudence. Ces règles sont « positives » en ce sens qu'elles forment un *objet d'étude concret et certain*; on les connaît ; elles ont un *texte*, une formule arrêtée et précise ; elles résultent d'un ensemble de faits et de notions qui peuvent être mis hors de contestation.

Il existe cependant d'innombrables controverses sur les solutions du droit positif, ce qui fait que quelquefois son nom peut sembler une dérision ; mais il faut se rendre compte des causes de ces incertitudes. Il y en a deux : 1° quand il s'agit d'un point de droit ancien, les documents peuvent nous faire défaut pour trancher une question historique ; 2° quand il s'agit d'un point de droit nouveau, la solution définitive peut n'être pas encore donnée, et c'est pour l'établir qu'on discute. Au premier cas, la règle juridique *a existé*, mais elle a cessé d'être *connue;* au second cas, elle *existera*, mais elle n'est *pas encore faite*. Des incertitudes dues à de pareilles causes n'enlèvent pas aux législations leur caractère positif : la certitude existe sur une foule de points, pour lesquels la controverse est déjà vidée et dont la solution n'est pas oubliée.

5. Fausse conception du droit naturel. — Autant la notion du droit positif est claire et sûre, autant celle du droit naturel est nuageuse. Bien souvent ceux qui discutent sur le droit naturel en parlent sans se comprendre. En général on entend par droit naturel le droit idéal. C'est la définition qu'en donnait Oudot : « Le droit naturel... est l'ensemble des règles qu'il est *souhaitable de voir transformer en lois positives* » (Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, p. 67). Il serait difficile d'en donner une idée plus fausse. Supposer qu'il existe, à côté de chaque loi humaine, une loi idéale, concevable par l'intelligence et qui en serait le modèle, c'est réduire le droit naturel au sort de tout idéal, c'est-à-dire, sinon au néant, du moins à l'état de conceptions individuelles indéfiniment variées. Si chacun de nous, en étudiant une loi quelconque et en concevant une autre loi qui serait meilleure selon ses idées personnelles, concourt ainsi à la formation du droit naturel, celui-ci ne représentera qu'une collection hétérogène d'opinions dissemblables. Toute conception est vaine qui réduit le droit naturel à l'état d'idéal.

6. En quoi consiste le droit naturel. — Le droit naturel existe, heureusement pour l'humanité, mais il est tout autre chose. Il se compose d'*un petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même*, et d'après lesquelles

l'œuvre législative pourra être appréciée, louée ou critiquée. Le droit naturel n'est ni la loi ni l'idéal de la loi ; il est la règle suprême de la législation. Si le législateur s'en écarte, il fait une loi injuste ou mauvaise. Je dirai volontiers, en prenant le contre-pied de la définition d'Oudot, que le droit naturel se compose de principes supérieurs à la loi, qu'il serait *inutile* de formuler en articles de droit positif. Les principes du droit naturel sont en très petit nombre ; ils se réduisent à quelques notions élémentaires. Quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques, on est encore loin d'avoir fondé une législation ; on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle.

7. Unité et simplicité du droit naturel. — Ainsi le droit naturel est tout à la fois réduit dans son objet et supérieur dans sa position, relativement aux législations humaines qu'il inspire et qu'il domine. C'est ce qui explique un phénomène remarquable : les législations positives, bien que *très différentes les unes des autres*, sont en général *conformes au droit naturel*. C'est ce qui fait encore que le droit naturel, au milieu de cette diversité des législations, possède l'*unité* : il est simple et immuable (1). Depuis que la philosophie a commencé à étudier ces grands problèmes, les hommes se sont mis peu à peu d'accord sur les principes essentiels, pour l'éternel honneur de la raison.

8. Bibliographie. — Je ne puis indiquer ici que quelques ouvrages ; on trouvera des références bibliographiques beaucoup plus étendues dans le livre de M. Boistel, cité ci-dessous. — AHRENS, *Cours de droit naturel*, 8e édit., 1892, 2 vol. in-8°. — TAPARELLI, *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, trad. française, Paris et Leipsig, 1875, 2 vol. in-4°. — F.-J. STAHL, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. Chauffard, 1880. — FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Paris, 1878, in-18 ; 6e édit., 1909. — COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, 1887. — EM. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, 1888. — Cte DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889. — CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, 1891. — ROGUIN, *La règle du droit*, étude de science juridique pure, Lausanne et Paris, 1889. — T. ROTHE, *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, 1885-1912, 6 vol. in-8°. — LORIMER, *Principes de droit naturel*, trad. par Nys, Bruxelles, 1890, 2 vol. in-8°. — M. DE BAETS, *Les bases de la morale et du droit*, Gand et Paris, 1892, in-8°. — VAN BEMMELEN, *Les notions fondamentales du droit*, Amsterdam, 1892. — HERBERT SPENCER, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, nouv. édit., 1904, 5 vol. — G. TARDE, *Les transformations du droit*, 1893 ; 4e édit., 1906. — BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, 1899, 2 vol. in-8°. — KORKOUNOV, professeur à Saint-Pétersbourg, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, préface par Larnaude, Paris, 1903. — CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier, 1910. — JEAN CRUET,

(1) Il n'est pas inutile de rappeler ici les plus célèbres affirmations du droit naturel qui se font écho à travers les siècles. Sophocle, dans *Antigone* (vers 452 ; aliàs 457), oppose les lois divines, non écrites et immuables (ἄγραπτα κἀσφαλῆ Θεῶν νόμιμα), aux décrets des mortels qui ne peuvent prévaloir sur elles. Tous les philosophes anciens, Platon dans ses *Lois*, Aristote dans son *Éthique* et dans sa *Politique*, ont repris cette idée. Cicéron, qui l'a empruntée aux Stoïciens, dit : « Vera lex, naturæ congruens,... neque erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac... » (*De Republica*, III, 22). — Comp. MONTESQUIEU : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles ; dire qu'il n'y a rien de juste et d'injuste que ce qu'ordonnent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux » (*Esprit des lois*, liv. I, chap. 1), et KANT : « Je dois toujours agir de telle sorte que je puisse vouloir que ma maxime devienne une loi universelle » (*Fondement de la métaphysique des mœurs*, trad. Barni, p. 26). C'est en effet à ce signe qu'on peut juger la valeur morale d'un acte et il est impossible de mieux marquer la subordination du droit positif au droit naturel. — Les sceptiques n'ont pu ébranler ces maximes. « Ils sont plaisans quand pour donner quelque certitude aux lois, ils disent qu'il y en a aucunes fermes, perpétuelles et immuables, qu'ils nomment naturelles... Or ils sont si desfortunez que d'un nombre de lois si infiny, il ne s'en rencontre pas au moins une que la fortune et témérité du sort ait permis estre universellement receue par le consentement de toutes les nations... Qu'ils m'en montrent, pour voir, une de cette condition » (MONTAIGNE, *Essais*, liv. II, chap. 12). Montaigne s'abuse : la diversité des lois positives ne contredit en rien l'unité et l'immutabilité du droit naturel.

La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris, 1908, in-12. — R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, in-8°. — F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Introduction, Paris, 1914. — Cosentini, *La réforme de la législation civile*, nouv. édition, Paris, 1913.

§ 3. — *Sources du droit.*

*** 9. Sources historiques et sources productrices.** — Le mot « sources » s'emploie, dans la langue du droit, avec deux sens différents.

Quand il s'agit de *droit ancien*, on entend par « sources » les *documents dans lesquels une législation abolie peut être étudiée*. Naturellement le nombre de ces documents diminue avec le temps : nous en possédons fort peu pour le droit grec ou égyptien, davantage pour le droit romain, beaucoup plus pour les institutions du moyen âge. Prises en ce sens, les sources ont une grande importance pour l'historien ; elles lui fournissent sa matière première.

Quand il s'agit, au contraire, d'une *législation vivante*, on n'a que faire d'en rechercher la formule. On se procure le texte des lois aussi facilement qu'un objet usuel ; la recherche des sources cesse d'être une difficulté et une question d'érudition. Mais le mot reçoit alors un autre sens. On entend par « sources du droit » les *différentes façons dont les règles juridiques sont établies*. Le droit, c'est-à-dire la règle obligatoire pour les particuliers et pour les tribunaux, dérive aujourd'hui d'une autorité qui a le pouvoir de le *créer*. C'est cette *autorité* qu'on appelle la *source du droit*, et c'est dans ce dernier sens que nous prenons ici ce mot.

*** 10. Les deux sources du droit.** — Le droit a deux sources principales dont les autres ne sont que des variantes : 1° la *coutume;* 2° la *loi*. Le droit qui dérive de la coutume s'appelle *droit coutumier;* le droit qui dérive de la loi s'appelle *droit écrit*.

*** 11. Du droit coutumier.** — Le droit coutumier est celui qui n'a jamais fait l'objet d'une promulgation législative. Il se compose de *règles traditionnelles*, établies petit à petit avec le temps, et le plus souvent difficiles à constater. Son plus remarquable exemple historique est l'état du droit français avant la rédaction officielle des coutumes qui se fit au XVIe siècle : le droit n'était alors constaté par aucun texte officiel et immuable, d'origine législative ; il ne pouvait être connu que par la pratique judiciaire, par l'expérience acquise dans une longue carrière de praticien, et il ne pouvait être étudié que dans des ouvrages purement privés, sans valeur légale, dans lesquels des gens experts, anciens magistrats pour la plupart, avaient mis par écrit ce qu'ils savaient sur l'état du droit, de leur temps et dans leur province. Voyez ci-dessous n° 53, note 1.

Quant à la *source* ou *autorité*, d'où dérive le droit coutumier, sa nature est l'objet de controverses sans fin. Les uns veulent trouver la source du droit coutumier dans un usage général et prolongé des particuliers, joint à la croyance qu'il existe une sanction sociale (*opinio necessitatis*), et ils refusent à la jurisprudence toute fonction créatrice de droit (Gény, *Méthode d'interprétation*, n°s 109 et suiv. ; Boistel, *Revue générale de droit*, 1879 ; et *Philosophie du droit*, t. II). Les autres font une place à la jurisprudence et lui accordent le rôle prépondérant (ou même unique) dans l'élaboration du droit coutumier (Lambert, *Études de droit commun législatif*, t. I, *La fonction du droit civil comparé*, p. 19 et 143 et suiv.). Pour moi, je ne crois point à la possibilité de l'établissement de règles coutumières, ayant une valeur obligatoire, en dehors de la jurisprudence (1).

(1) L'origine jurisprudentielle est cependant niée par la plupart des auteurs modernes. Que mettent-ils à la place ? En réalité, rien. La doctrine allemande, qui pendant longtemps a été seule à s'occuper de la question, a cherché la source du droit coutumier dans *la commune conscience du peuple*, envisagée comme formant une unité continue ; mais, ainsi que le constate M. Gény (*Méthode d'interprétation*, p. 299 à 302), cette idée « mystique » n'a pu résister à une critique pénétrante, et les travaux les plus récents en révèlent la pleine banqueroute. D'ailleurs, il ne suffit pas qu'il y ait un *usage*, même très général et très ancien, pour qu'il y ait une *coutume*, au sens juridique du mot. La coutume est un droit *coutumier*. D'où peut lui venir sa force obligatoire ? Ce ne peut être du simple fait de la routine, car les

*** 12. Du droit écrit.** — Le droit écrit résulte, au contraire, d'une *déclaration de volonté*, manifestée *par le pouvoir législatif*. Il s'établit donc en un moment.

Son nom de droit écrit (*jus scriptum*) provoque parfois un certain étonnement, car le droit coutumier lui-même se constate par l'écriture : notre ancien droit coutumier était contenu dans des livres nombreux, il était rédigé par écrit, et de tout temps les arrêts de justice, qui élaborent perpétuellement un nouveau droit coutumier, ont été eux aussi des documents écrits. Ce nom de droit écrit nous vient de loin, et pour le comprendre, il faut remonter aux temps de la république romaine. Alors l'écriture était rare, et le droit coutumier (*consuetudo majorum*) était réellement non écrit et ne se conservait que dans la mémoire des hommes, tandis que la loi était écrite, gravée sur des tables de marbre ou de bronze, que l'on conservait au Capitole, dans le *Tabularium* (1).

13. Productivité comparée des deux sources du droit. — Ces deux sources du droit se retrouvent partout et dans tous les temps ; mais elles ont ordinairement un sort bien différent. La coutume est d'abord la plus abondante : dans les sociétés peu avancées, elle est la source principale, surtout pour le droit privé. Il en est de même dans les périodes de décadence, où les lois redeviennent rares : on n'en fait plus et celles qui existent s'oublient ; le pouvoir central n'est plus assez fort pour en faire de nouvelles ou pour faire obéir les anciennes ; souvent il ne s'en soucie même pas.

Dans les périodes de force et de bonne organisation, il existe un pouvoir qui veille aux intérêts généraux, soucieux de l'ordre et de l'administration, et qui, pour régner, fait des lois et les maintient.

Les deux sources du droit sont donc *productives en raison inverse l'une de l'autre*, selon le temps et le milieu.

*** 14. Le droit coutumier à l'époque actuelle.** — Au temps présent presque tout le droit de la France existe sous forme de *lois* et par suite a le caractère de droit écrit. Le

particuliers n'ont pas d'autorité les uns sur les autres ; ils sont indépendants, et fussent-ils cent mille à suivre un usage, ils ne peuvent m'empêcher de m'y soustraire, si je le trouve mauvais. On ne peut fonder la coutume sur le consentement des intéressés, *y compris ceux qui en souffrent*. Toute règle de droit suppose une *contrainte*, c'est-à-dire une autorité, une volonté supérieure à celles qui obéissent, et cette contrainte ne peut venir que de la *loi* ou du *juge*. C'est une chimère que l'*opinio juris* ou *necessitatis*, qui serait la croyance à l'existence d'une sanction sociale ; c'est masquer la difficulté à l'aide d'une formule abstraite ; la croyance ne suffit pas, si la sanction n'existe pas. Du reste la nature vraie du droit coutumier n'est pas une question d'opinion ou de système ; c'est un fait qui se vérifie par l'histoire ; elle est pour ainsi dire écrite sur le sol : la géographie de nos anciennes coutumes concorde avec les ressorts judiciaires ; elles n'étaient pas autre chose que des formations jurisprudentielles locales. Qu'on prenne les livres dans lesquels se trouve le mieux expliqué notre ancien droit coutumier, les *Coutumes de Beauvoisis*, de Philippe de Beaumanoir, le *Grand coutumier de France*, de Jacques d'Ableiges, et quelques autres du XIIIe et du XIVe siècles : on n'y trouvera pas autre chose (en dehors des règles empruntées au droit romain) que l'indication de ce qui se jugeait habituellement de leur temps. Par eux-mêmes, les usages suivis par les particuliers sont absolument sans force ; un *usage* n'est qu'*un simple fait*, il n'acquiert une valeur juridique que quand il devient un *précepte obligatoire*, c'est-à-dire quand il est pourvu d'une *sanction*, et, quand l'autorité législative fait défaut, cette sanction ne peut lui venir que de l'autorité des tribunaux (voyez-en un exemple, t. II, n° 1143, en note). En fait, on n'a jamais vu le droit coutumier se constituer autrement. — Enfin, de tout temps, on a considéré comme une condition essentielle de la coutume, la *rationabilité* de l'usage (GÉNY, p. 324-325). Si l'usage était par lui-même obligatoire, il le serait, quoique mauvais, comme la loi. Du moment où il a besoin d'être *approuvé* par la justice, c'est que la force de contrainte n'est pas pour lui une vertu intrinsèque ; elle lui vient du dehors. Nos anciens auteurs parlaient toujours des *louables* coutumes ou des coutumes *approuvées;* voyez les très curieux passages de la *Très ancienne coutume de Bretagne*, sur les coutumes qui sont « contre raison », spécialement chap. 3.

(1) *Étymologie du mot « loi »*. — C'est de cette même origine que vient le nom de « loi ». Les fabricants d'étymologies, qui les cherchent en raisonnant d'après le sens des mots, tirent *lex* de *ligare*, la loi étant ce qui lie, ce qui oblige. Mais l'étymologie d'un mot ne se devine pas d'après le sens qu'il a ; elle est donnée par la grammaire et par l'histoire. En réalité, la « lex » est *ce qui se lit* : « lex » est avec « legere » dans le même rapport que « rex avec « regere ». La « lex » est l'*acte écrit qui détermine quelque chose*. Ainsi appelle-t-on *lex contractus*, les tablettes qui contiennent les conditions du contrat ; *lex bonorum vendendorum*, le cahier des charges d'une vente aux enchères.

droit coutumier n'a cependant pas entièrement disparu. Il est encore représenté par deux sortes de formations.

A. — Usages conventionnels (1). — Il faut entendre par là certaines pratiques, en général locales ou professionnelles, que les particuliers suivent dans leurs contrats et auxquelles ils sont censés se référer lorsqu'ils n'y dérogent pas. Il en résulte une grande simplification dans les affaires : on se rapporte à l'usage toutes les fois que le contrat est muet. Il en existe deux groupes principaux.

1° *Les usages relatifs à la propriété foncière.* — Ils existent surtout pour la propriété rurale, mais il y en a aussi pour les servitudes urbaines et les relations de voisinage dans les villes. Plus d'une fois des circulaires ministérielles en ont prescrit la rédaction, pour diminuer les procès ; elles n'ont reçu que des applications insuffisantes (2). Diverses lois antérieures au Code civil les ont maintenus en bloc (L. 28 sept.-6 oct. 1791, sur la police rurale ; L. 14 floréal an XI-4 mai 1913, sur les petits cours d'eau), et le Code civil lui-même a fait de nombreux renvois à ces usages locaux (art. 590, 645, 663, 671, 674, 1135, 1648, 1736, 1745, 1748, 1753, 1754, 1762, 1777, etc. — Comp. art. 1159 et 1160) ; le Code rural leur est beaucoup moins favorable. Cependant ils peuvent avoir leur utilité dans un grand pays dont les diverses régions n'ont ni le même climat, ni les mêmes cultures.

2° *Les usages commerciaux.* — La loi du 13 juin 1866 en a constaté l'existence sans en faire des dispositions de droit écrit. Il en est de généraux pour toute la France ; d'autres sont locaux. Comme exemple citons l'usage qui a rendu obligatoire la publicité des ventes de fonds de commerce (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, nos 251-253 *bis*). Comp. Rouen, 27 déc. 1902, S. 1905, 2. 44.

B. — Jurisprudence. — Les Cours et les tribunaux reconstituent perpétuellement, en dehors des Codes et des lois, un droit coutumier de nouvelle formation. Sans doute, le pouvoir judiciaire n'est jamais lié par sa jurisprudence antérieure ; mais, en fait, il s'y conforme le plus souvent, et la stabilité de ses décisions équivaut pour les particuliers à l'existence d'une législation obligatoire : on est bien obligé de se conformer aux décisions de la justice, si on ne veut pas voir annuler un contrat et perdre parfois des sommes considérables. Cependant c'est le propre du droit coutumier, représenté par la jurisprudence, de pouvoir être modifié par une décision nouvelle, rendue en sens contraire (3). En fait, les règles jurisprudentielles établies depuis 1804 forment aujourd'hui une masse considérable.

(1) J'emprunte à M. Gény cette expression qui me paraît très satisfaisante (*Méthode d'interprétation*, nos 130 et suiv.). Il a parfaitement raison de montrer que ces usages ont une nature profondément différente de celle de la coutume proprement dite, parce qu'ils sont librement adoptés par les parties contractantes et ne s'imposent pas à leur observation. Ainsi que l'a dit un auteur allemand, ces usages ne sont que de la condensation, et comme le sédiment de clauses originairement convenues (Laband, cité par M. Gény, p. 371, note 1). Comp. E. H. Perreau, *Revue trimestrielle*, t. X, 1901, sur le rôle de l'habitude dans la formation du droit privé.

(2) Circulaire du 26 juillet 1844 (D. 45. 3. 76), expédiée pour donner satisfaction aux vœux de divers conseils généraux. Elle a provoqué de nombreuses enquêtes, et dans beaucoup de départements les usages ont été recueillis et publiés par des hommes au courant de la pratique, surtout par d'anciens juges de paix : mais leur œuvre n'a qu'une valeur privée.

(3) Comp. Lambert, *Études de droit commun législatif*, t. I, p. 159-160. Il place comme moi l'essence de la coutume dans l'autorité des jugements. Ceux qui ne veulent pas reconnaître la jurisprudence comme l'organe du droit coutumier sont très embarrassés pour savoir qu'en faire. Ainsi, après avoir éliminé la jurisprudence du droit coutumier, M. Gény se trouve amené à l'assimiler à la doctrine, et à ne plus voir dans ses jugements que des « opinions isolées, exprimant le sentiment d'individualités plus ou moins marquantes » (*Méthode d'interprétation*, no 138). Ceci est vrai de la doctrine, qui n'a qu'une autorité scientifique, privée de toute sanction ; mais pour la jurisprudence, c'est une erreur radicale. Soit qu'elle interprète la loi, soit qu'elle statue dans le silence des lois et pour en combler les lacunes, la jurisprudence donne des *décisions* qui sont *exécutées* ; c'est elle seule qui est *la forme vivante* du droit, elle seule qui est la *règle appliquée*. — M. Esmein, qui professait sur ce point une opinion contraire à la mienne, a exposé ses idées dans le *Bulletin* de la Société d'études législatives (t. IV, p. 533). Il part de l'idée que la coutume est essentiellement *obligatoire pour le juge* ; c'est là une idée anglaise, qui n'a jamais été admise en France ; si elle avait été reçue chez nous, nos Parlements n'auraient pas incessamment renouvelé

15. Avantage du droit écrit. — Le droit coutumier est essentiellement *variable;* il est variable selon les temps et selon les lieux. Il manque d'unité ; il est *contradictoire.* En outre, comme il n'est pas constaté par un texte officiel, il est souvent *incertain* et *obscur.*

Le droit écrit a les qualités inverses, la *précision*, la *certitude*, la *fixité* et surtout l'*unité.* Cette unité est indispensable, même dans les grands États, à cause du nombre et de la rapidité des communications et des échanges qui s'y font d'un bout à l'autre du territoire. Aussi le droit écrit est-il en général préféré au droit coutumier par les peuples modernes.

Le droit coutumier n'a guère en sa faveur qu'un seul avantage, qui est sa *souplesse.* Toujours subordonné à l'adhésion de l'autorité judiciaire (1), il peut se modifier au jour le jour, pour se conformer aux besoins nouveaux de la pratique, tandis que la loi une fois faite est *inflexible;* le juge ne peut la changer : il faut, pour la plus légère modification, faire intervenir une réforme législative, souvent difficile, toujours longue à obtenir.

§ 4. — *De la codification.*

16. Définition. — La codification est quelque chose de plus que l'unification du droit ; le droit peut être *unifié* dans un État sans y être *codifié;* c'est ce qui arrive, en France même, pour toutes les lois faites depuis 1804. La codification est la confection d'un *code* (2), c'est-à-dire d'un recueil unique, non seulement pour tout un pays, mais pour *toute une partie du droit.* La législation est codifiée quand elle est contenue dans une loi unique au lieu de s'éparpiller dans des lois diverses.

17. Objections de l'école historique. — L'utilité des codifications en général a été discutée avec passion en Allemagne, au commencement du XIXe siècle, à l'occasion de la grande œuvre qui s'accomplissait en France. Le jurisconsulte allemand Thibaut (ci-dessous, n° 224, en note) avait demandé la rédaction d'un code analogue au nôtre ; il était frappé de la simplicité et de l'uniformité de la loi française (3). Le droit, disait-il, est fait pour corriger les sociétés, pour exercer sur elles une influence, en triomphant des habitudes et des inclinations des hommes. Son idée fut combattue par son célèbre compatriote Savigny (4) qui prétendit que toute codification est une œuvre fausse et arbitraire, parce qu'elle est faite avec des idées systématiques et qu'elle méconnaît le développement historique du droit; elle empêche la science de marcher avec le siècle ; elle immobilise l'esprit du jurisconsulte par la fixité de ses formules et elle prive le droit des améliorations successives qu'y apporterait une interprétation plus libre (5). — On a fort bien répondu que la loi doit avant tout être

leur jurisprudence, et nos rois, en promulguant les coutumes rédigées, n'auraient pas eu besoin de les déclarer obligatoires comme lois écrites. La coutume, au sens français, est essentiellement mobile.

(1) Cependant, le droit coutumier devient parfois obligatoire pour les tribunaux. Sur les points où les usages sont confirmés par les lois, ils doivent être respectés par les juges, et leur violation donne ouverture à la cassation, si l'usage est reconnu constant.

(2) Les Romains appelaient *codex* un assemblage de petites tablettes de bois recouvertes d'une couche de cire, sur laquelle on écrivait au moyen d'un *stylus* ou pointe sèche ; ces tablettes étaient attachées ensemble de façon à former une sorte de carnet. Les *codices* s'opposaient aux *columina*, qui étaient des rouleaux de parchemin. Nos *livres* modernes sont dérivés des *codices* (par le changement de la substance employée pour les feuillets), et non pas des *columina*, bien qu'ils portent le nom de *volumes*. Dès l'époque romaine, au IVe et au Ve siècle, le mot *codex* fut appliqué spécialement à des recueils de lois, les *codices Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus*, qui furent éclipsés ensuite par le *Codex* de Justinien, de l'an 529, le plus célèbre de tous. — Les anciens codes de l'empire romain étaient des *recueils de constitutions impériales;* ils étaient loin de contenir tout le droit, qui se trouvait plus abondamment exposé dans les ouvrages appelés *Pandectæ* ou *Digesta.* C'est en France, et depuis le XVIe siècle seulement, que le mot *code* a pris son sens élargi de « recueil complet du droit ».

(3) *Ueber die Nothwendigkheit eines allgemein bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.

(4) Fréd. Charles de Savigny, descendant d'un émigré français, qui doit peut-être à cette origine le don de la clarté qui distingue ses ouvrages, a été l'un des chefs de l'école historique.

(5) Savigny avait d'abord exposé ses idées dans une brochure qui fit grand bruit : « Sur

claire et certaine, c'est de ces deux qualités que la pratique a surtout besoin. Quant aux réformes, qui constituent le progrès du droit, elles s'accomplissent toujours ; seulement, quand la législation est codifiée, ce progrès n'est plus que pour une faible part le fruit du travail des jurisconsultes : il s'opère principalement par voie législative. Du reste, le débat est terminé : les faits ont donné tort à Savigny, et les peuples modernes peuvent se procurer les avantages de la codification tout en donnant à leurs lois la souplesse nécessaire au moyen d'assemblées législatives délibérant d'une manière presque permanente.

Bibliographie. — Ern. Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, dans un *Recueil* publié par l'Université, Lausanne, 1896. — Marcel Guillemet, *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse, Paris, 1903. — Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904. — Autres ouvrages indiqués dans Gény, *Méthode*, n° 31. — Sur les limites naturelles du pouvoir du législateur, voir Gény, n°s 51 et suiv.

§ 5. — *Classification du droit.*

18. Difficulté de cette classification. — Il est difficile d'établir une division bien nette entre les différentes branches du droit. Les points de contact sont nombreux ; beaucoup de matières ou de questions sont communes à deux ou quelquefois à trois branches différentes, où l'on s'en occupe sous des points de vue variés. Cependant, si les limites précises manquent souvent, l'existence de grandes divisions naturelles n'en est pas moins hors de doute.

A. — Embranchements principaux.

19. Droit public et droit privé. — On doit d'abord distinguer le *droit public* du *droit privé*, distinction capitale et très usuelle (1), mais dont la raison d'être n'est pas toujours nettement aperçue. Le droit public règle les actes des personnes qui agissent dans un intérêt général, *en vertu d'une délégation directe ou médiate du souverain ;* le droit privé règle les actes que les particuliers accomplissent *en leur propre nom pour leurs intérêts individuels.*

1° Subdivision du droit public.

20. Droit constitutionnel. — Le droit constitutionnel détermine l'organisation de l'État, ses règles fondamentales, son mode de gouvernement, l'attribution des pouvoirs politiques, leurs limites et leurs rapports.

21. Droit administratif. — Le droit administratif règle le fonctionnement du pouvoir exécutif à tous ses degrés, depuis les ministres jusqu'à ses plus humbles représentants. C'est lui aussi qui règle les administrations locales du département et de la com-

la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence » (*Von Beruf unseres Zeit fur Gesetzgebund und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1814). Il les reprit ensuite dans la préface du *Journal de Jurisprudence historique* (Berlin, 1815). Comparez Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière*, introd., n°s XVII et XX. Voyez aussi les articles de M. Glasson sur la codification en Europe, au XIXe siècle, dans la *Revue politique et parlementaire*, 1894 et 1895, t. II, p. 201 et 402 ; t. III, p. 198. — Sur la perpétuelle mobilité du droit, voyez Lambert, *Droit commun législatif*, t. I, p. 16-17.

(1) Ulpien a donné cette définition : « Publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat ; privatum quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim » (*Dig.*, liv. I, tit. 1, fr. 1, § 2). Domat, qui donne une énumération plutôt qu'un principe de distinction, range dans le droit public les lois « qui se rapportent à l'ordre général de l'État, comme celles qui regardent le gouvernement, l'autorité des puissances, l'obéissance qui leur est due, les forces nécessaires pour maintenir la tranquillit publique, l'usage des finances, l'ordre de l'administration de la justice, la punition des crimes, les fonctions des différentes sortes de charges..., la police générale..., la distinction des différents ordres de personnes, et autres matières semblables » (*Le droit public*, préface).

mune qui ne peuvent être considérées comme des émanations du pouvoir central, auquel elles sont cependant subordonnées. Très vaste dans ses applications, le droit administratif comprend de nombreuses matières qui confinent au droit privé, parce que l'administration prend souvent les particuliers sous sa tutelle. C'est ainsi que l'exploitation des *mines* et celle des *chemins de fer*, qui sont de simples spéculations privées, sont régies par des dispositions de droit administratif. C'est ainsi encore que la formation et le fonctionnement de certains groupements de particuliers, tels que les *syndicats*, les *associations*, les *sociétés de secours mutuels*, sont régis par le droit administratif, bien qu'il s'agisse réellement de simples particuliers agissant en leur propre et privé nom. Au fond, ce sont des opérations privées surveillées par l'administration.

22. Droit pénal. — Le *droit pénal* fait certainement partie du droit public. L'État seul, représentant la nation, a le droit de punir ; la poursuite et la condamnation se font en son nom. L'application des peines est une partie de l'administration d'un État, et le droit pénal rentre dans le droit administratif entendu dans un sens large.

Domat n'hésitait pas à faire rentrer dans le droit public la police, tout ce qui concourt au maintien de l'ordre, et notamment la punition des crimes (ci-dessus, p. 8, note 1), et il avait raison. Si l'on a quelquefois pensé le contraire, c'est que dans l'enseignement du droit le droit pénal s'associe utilement aux études de droit privé, pour la préparation aux carrières de l'ordre judiciaire. Cela tient tout simplement à ce que la répartition des enseignements qui préparent aux diverses carrières ne concorde pas exactement avec la division scientifique du droit public et du droit privé. Il ne faut pas s'en étonner : ceux qui font du droit privé ont besoin de certaines notions de droit public, lequel domine tout le reste. « *Jus privatum sub tutela juris publici latet* », disait Bacon (*Tractatus de Justitia universali*, aphor. III).

2° Subdivision du droit privé.

23. Ses trois parties. — Le droit privé réglemente en principe tous les actes des particuliers. Il devrait former une masse homogène et unique. Cependant il est actuellement divisé en trois tronçons en France et dans la plupart des États civilisés : le *droit civil*, la *procédure* et le *droit commercial*.

24. Droit civil. — Le *droit civil* contient la plupart des matières de droit privé et c'est lui qui représente le droit commun chez une nation. C'est lui qui règle la famille, les successions, la propriété et la plupart des contrats.

25. Variation du sens des mots « droit civil ». — L'expression « droit civil » est la traduction littérale des mots latins « jus civile » ; c'est donc au droit romain qu'elle a emprunté son sens originaire. Or le « jus civile » était pour les anciens le droit propre à un peuple indépendant : « Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id vocatur jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis » (Gaius, *Institutiones*, I, 1). Pour les Romains le *droit civil* était donc le *droit de Rome*, ou le droit des Quirites, *Jus Quiritium*. Le droit civil ainsi entendu s'opposait au *jus gentium* qui comprenait les règles communes à tous les peuples, « quo omnes gentes utuntur » (Gaius, *ibid.*). Il y avait dans l'Empire autant de droits civils distincts qu'il y avait de cités indépendantes, ayant conservé leur autonomie législative. Gaius cite le droit des Galates (I, 55) et celui des Bithyniens (I, 193). Cela étant, l'expression *droit civil* devrait désigner le droit spécial aux Français, par opposition au droit commun des nations civilisées. C'est un sens qu'on lui donne quelquefois, mais ce n'est pas son emploi habituel. En traversant les siècles cette vieille expression a pris successivement deux sens nouveaux.

1° A la fin de l'Empire romain on ne connaissait plus ni le droit civil des Bithyniens, ni celui des Galates, ni celui des Athéniens ; il n'en restait qu'un seul, celui des Romains, le vieux droit quiritaire élargi et modifié, qui avait effacé tous les autres et était devenu la loi commune de l'Empire. Pendant tout le moyen âge l'expression « droit civil » a désigné le droit romain. Ce droit était représenté par les compilations de Justinien. Quand on disait le *jus civile*, le *corpus juris civilis*, c'était pour désigner ces recueils du VIe siècle, qui contenaient la dernière forme du droit romain. On l'opposait au *jus canonicum*. Dans nos anciennes uni-

versités, être *civiliste*, c'était professer le droit romain. Ce sens nouveau du mot s'explique encore par les souvenirs romains ; il n'est que la spécialisation du mot au profit de celui des droits civils antiques qui avait étouffé tous les autres.

2° Peu à peu les mots « droit civil » ont pris encore un autre sens. On s'est accoutumé à entendre par là le *droit privé* par opposition au *droit public*. Comment s'expliquer une pareille déviation? De la façon la plus simple : par l'histoire. Le *jus civile*, tel que les peuples modernes l'étudiaient dans les compilations de Justinien, comprenait à la fois le droit public et le droit privé. On trouve dans ce recueil beaucoup de dispositions relatives aux magistrats, aux officiers municipaux et à bien d'autres fonctionnaires ; mais depuis la chute de l'administration impériale, ces textes n'avaient plus ni valeur ni utilité. Les États modernes se gouvernaient par d'autres règles ; ils avaient d'autres institutions politiques. Par suite les jurisconsultes n'allaient plus chercher dans les recueils de Justinien que les règles du droit privé. C'est de la sorte que le droit civil prit peu à peu son sens actuel et devint le « droit privé ». La transformation s'accuse dans le langage ; ainsi le grand ouvrage de Domat : *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, roule exclusivement sur le droit privé : Domat a écrit un autre ouvrage sur la politique et l'administration, qu'il a appelé *Le droit public*. Quand survint la révolution de 1789, ce sens nouveau était tout à fait entré dans l'usage, si bien que la Constituante et la Convention, lorsqu'elles voulurent unifier le droit privé de la France, parlèrent tout naturellement de *droit civil* et de *code civil*. Voilà comment, après avoir désigné le droit romain pendant plus de dix siècles, cette expression désigne actuellement le droit privé, sous sa forme moderne qui date du Consulat.

26. Procédure. — La *procédure civile* n'est qu'un chapitre détaché du droit civil qui règle la manière de faire valoir et de défendre les droits devant la justice. Les Romains, ni même nos anciens jurisconsultes, ne séparent point les *actions* du reste du droit. Gaius, exposant le droit romain dans son ensemble, le divise en trois parts : les personnes, les biens (ce qui pour lui comprend les contrats), et les actions : « Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones » (Gaius, *Institutiones*, I, 2). Toutes nos vieilles coutumes, imitées des anciens ouvrages de droit, comme les *Coutumes de Beauvoisis*, par Beaumanoir, ou comme la *Très ancienne coutume de Bretagne*, mêlent ensemble les règles de fond et la procédure.

L'habitude de les séparer s'est prise depuis une ordonnance de Colbert, qui réforma et unifia la procédure usitée en France ; c'est depuis ce temps que la procédure possède son Code à part. Il n'y a à cela aucune nécessité, ni même aucune raison logique : ce n'est qu'un accident historique. La preuve en est que beaucoup de règles de procédure sont placées dans le Code civil et semblent à peu près inséparables du fond, par exemple en matière de divorce et de séparation de corps, de filiation, d'adoption, de rectification de l'état civil, d'obligations, de purge des hypothèques, etc. En revanche, le Code de procédure contient bon nombre de dispositions qui intéressent le droit civil.

27. Droit commercial. — Ce droit n'est pas autre chose qu'un droit de faveur à l'usage des commerçants, destiné à faciliter leurs opérations et à réprimer les fraudes et les abus dont ils sont victimes. Sur beaucoup de points, le droit commercial confine au droit civil ; il traite les mêmes matières et applique seulement une réglementation exceptionnelle à des actes soustraits par lui au régime du droit commun. Le droit commercial a souvent ouvert la voie aux réformes, les besoins du commerce rendant nécessaire l'abandon de règles vieillies. Voyez sur ce sujet Thézard, *Revue critique*, 1873-1874, et Ch. Lyon-Caen, *Livre du centenaire*, t. I, p. 205.

Le droit commercial s'est détaché de l'ensemble du droit privé de la même manière que la procédure. Les règles spéciales au commerce ont été longtemps mêlées aux autres règles du droit : sous Louis XIV parurent deux ordonnances réglementant le commerce de terre et le commerce de mer. Quand vint le Code civil on ne songea pas tout d'abord à comprendre dans la codification ces matières qui étaient déjà unifiées et représentées par des textes relativement récents. On fit après coup un code spécial pour la procédure civile et un autre pour le droit commercial. Comme ces deux matières forment chacune un ensemble assez homogène et présentent des caractères différents des autres parties du droit, l'habitude de faire

pour elles des codes spéciaux s'est répandue de plus en plus, et presque toutes les nations ont, comme nous, un code de procédure et un code de commerce, distincts du code civil ; mais on ne doit pas perdre de vue le lien intime qui rattache ces matières au droit ordinaire, d'où elles sont sorties, et le dualisme même du droit civil et du droit commercial, qui n'existe pas partout, est maintenant critiqué ; on propose en Italie d'y renoncer (1).

B. — Branches de formation récente.

28. Législation industrielle. — Cette législation se compose des éléments les plus disparates, empruntés les uns au droit civil (questions de salaires, de congés, de responsabilité d'accidents, etc.), les autres au droit administratif (police des syndicats, livrets, organes représentatifs des intérêts industriels, intervention de l'autorité dans les grèves) ou même à la science économique et financière (participation aux bénéfices, organisation des assurances ouvrières, des retraites ouvrières, construction d'habitations à bon marché, etc.). Il faut donc la considérer comme une formation historique, homogène seulement par la nature des questions sociales qu'elle a à résoudre, mais dont les solutions se répartissent entre les deux grandes branches du droit, sans rentrer entièrement dans la compétence exclusive de l'une d'elles (2).

29. Législation rurale. — On peut faire la même remarque pour une section nouvelle ; la législation rurale. Qu'y peut-on mettre? Rien qui ne se trouve déjà compris dans le droit civil ou dans le droit administratif. On y joint l'économie rurale, qui n'est qu'une branche de l'économie politique. Il n'y a de nouveau que le groupement, d'où sortira peut-être une vue plus nette de l'ensemble, une étude plus poussée des détails, une méthode particulière, et c'est sans doute beaucoup, mais on n'aura rien ajouté aux objets déjà étudiés par la science du droit.

30. Législation coloniale. — Les États qui possèdent, outre leur territoire métropolitain, un empire colonial, sont appelés à se donner, à côté de leur législation nationale, propre à la métropole, une législation spéciale pour leurs colonies, appropriée aux besoins de races diverses. En France, on en a fait, dans ces dernières années, l'objet d'une branche nouvelle d'enseignement sous le nom de *législation coloniale*. Elle peut comporter les institutions de droit privé aussi bien que des institutions administratives, financières, etc.

C. — Droit international.

31. Son objet et sa division. — La classification ci-dessus analysée s'impose d'abord pour la législation interne, propre à chaque État. Mais les relations des États entre eux font naître des questions dites *internationales*, qui sont résolues par une science juridique spéciale, celle du droit international. Comme le droit intérieur de chaque État, le droit international se divise en *droit international public* (anciennement appelé *droit des gens*), qui règle les rapports d'État à État, les traités, la guerre, les relations diplomatiques, et en *droit international privé*, qui s'occupe des relations d'intérêt privé entre particuliers appartenant à des nationalités différentes, ou possédant des biens ou ayant des intérêts dans plusieurs États.

D. — Rôle de l'histoire et de l'économie politique.

32. Utilité de l'histoire. — Le domaine du droit ne comprend rien de plus que les différentes sciences qui viennent d'être indiquées. Que dire de l'histoire? L'histoire n'a

(1) Voyez sur cette question THALLER, *Traité de droit commercial*, n° 5 ; VIVANTE, dans les *Annales de droit commercial*, 1893 ; P. HUVELIN, *Histoire du droit commercial*, Paris, 1904 ; GAUFFRE, *Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit commercial*, 1898 ; CH. LAURENT, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse, Paris, 1903.

(2) On pourra se convaincre, par les courtes analyses qui en sont données, que ces branches nouvelles n'augmentent point autant qu'on le croit le domaine de la science : en multipliant ces enseignements on se borne souvent à une répartition nouvelle et à un groupement différent de matières préexistantes.

pas au point de vue juridique d'objet propre ; elle peut s'appliquer à tout ; toutes les branches du droit sont déjà anciennes et ont un passé plus ou moins long ; toutes ont besoin de l'histoire. L'étude des institutions d'autrefois a une grande importance ; on ne peut bien comprendre les institutions actuelles que si l'on connaît celles qui les ont précédées et préparées. Le droit, en effet, vit et se transforme sans cesse ; comme le disait Leibniz, le présent est plein du passé et gros de l'avenir.

Une des grandes lacunes de l'esprit français, au commencement du XIXe siècle, a été d'avoir perdu le sens historique. Le culte de l'antiquité grecque et romaine, le dédain de nos propres origines, la Révolution surtout, par le spectacle d'un bouleversement subit, ont concouru à nous le faire perdre. Le Français, rationaliste avant tout, est trop souvent convaincu qu'un peuple peut se changer lui-même à volonté et que des réformes législatives sont toutes puissantes pour y réussir. C'est une illusion.

33. Rôle de l'économie politique. — L'économie politique n'est pas une science juridique, mais elle est en relation étroite avec la législation ; elle a autant besoin du droit que le droit a besoin d'elle. Son étude serait vaine, si elle devait rester une pure spéculation dépourvue d'applications pratiques : elle n'a de raison d'être qu'à la condition de formuler ses conclusions en propositions de lois. On a eu cent fois raison de faire à ce point de vue la critique des idées anglaises, en montrant que le véritable but de l'économie politique est l'homme et non la richesse (Cauwès, *Cours*, 3e édit., t. I, no 8). De son côté le législateur agirait en aveugle et ses décisions seraient souvent funestes s'il n'était éclairé par les notions économiques qui lui font connaître à la fois et le terrain sur lequel il opère et les répercussions inévitables de ses lois sur le monde mobile des affaires et des intérêts.

C'est pour cela que la place des enseignements économiques est dans les Facultés de droit. Législation et économie politique sont les deux faces d'un même problème, celui de la vie sociale. Jadis l'économie politique était cultivée comme une science indépendante et isolée ; elle se perdait souvent dans les nuages de l'abstraction et des discussions théoriques. On lui a rendu le plus signalé service le jour où on a associé son étude à celle du droit. En entrant dans nos Facultés, elle a pris contact avec la législation, qui est sa fin dernière ; elle s'est affermie et élargie. En même temps elle a vivifié l'étude du droit. Elle a habitué les jurisconsultes à voir, derrière les formules littérales des lois, les réalités vivantes pour lesquelles le droit est fait, et à apprécier l'utilité des lois, leurs qualités et leurs défauts, d'après leurs effets économiques et leurs résultats sociaux. Aujourd'hui il n'est pas de question de droit que le jurisconsulte puisse traiter en perdant de vue son côté économique.

Aussi ne saurait-on trop déplorer que la nouvelle organisation du doctorat ait associé l'étude de l'économie politique à celle du droit public ; cela suppose qu'on se fait de son rôle une idée tout à fait fausse. Le droit privé est en contact avec elle encore plus souvent que le droit public. Qui donc pourrait exposer l'histoire et les formes de la propriété foncière, discuter ses moyens de transmission, ses démembrements, ses procédés d'amodiation et d'exploitation, s'occuper du crédit mobilier ou hypothécaire, des prêts d'argent, de la vente, du commerce, des sociétés, des successions, des testaments, des donations, du régime des biens entre époux, etc., sans souci de l'économie politique, de ses constatations, de ses documents et même de ses incertitudes? Comp. Cauwès, *Cours*, t. I, nos 19 à 24 ; Béchaux, *Le droit et les faits économiques*, 1889.

CHAPITRE II

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS AVANT LA RÉVOLUTION

34. Bibliographie. — P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édit., Paris, 1905. — Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11e édit., 1912. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 1887-1903, 8 vol. in-8o. — On peut con-

sulter aussi les ouvrages de MM. Brissaud, Beaune et Ginoulhiac. — Spécialement pour les sources, voir Gavet, *Sources de l'histoire des institutions et du droit*, Manuel de bibliographie historique, Paris, 1899.

§ 1. — *Morcellement territorial de l'ancien droit.*

***35. Pays de coutume et pays de droit écrit.** — Avant la Révolution il existait en France un grand nombre de législations locales qui, malgré un certain air de famille, différaient sur beaucoup de points, et parfois sur des points très graves. Il y avait d'abord une grande division qui coupait la France en deux, le Nord et le Midi. Dans le Midi on suivait principalement le droit romain, appelé *droit écrit;* dans le Nord on pratiquait des *coutumes* de formation postérieure en date, et fortement teintées d'esprit germanique.

36. Origine de cette division. — La conservation du droit romain dans le Midi a plusieurs causes historiques. Le droit romain était venu d'Italie ; les provinces méridionales, la *Provincia*, la Narbonaise, avaient été conquises et latinisées plus tôt et plus profondément que le reste des Gaules ; les Barbares qui occupèrent ensuite cette région étaient les Wisigoths et les Burgondes, déjà à moitié Romains à leur entrée dans l'Empire. D'autre part, les Francs, qui avaient mieux conservé leurs coutumes primitives, ont bien conquis la Gaule entière, mais ils n'en ont guère occupé que le Nord : ils venaient du bassin inférieur du Rhin, d'où ils ont rayonné dans les vallées de la Loire et du Rhône, mais naturellement leur nombre était moindre à mesure qu'ils s'éloignaient de leurs cantonnements primitifs. La physionomie des deux moitiés de la Gaule était donc différente dès le VIe siècle : le Midi était latin, le Nord presque germanique. — Pendant longtemps les Barbares établis en Gaule ont pratiqué le système des *lois personnelles* ; chaque personne était régie par sa loi nationale ; dans les actes on déclarait sa loi par une *professio* : « Vivens lege salica, lege romana, etc. » Peu à peu la fusion des races s'opéra, et on vit se former des *lois territoriales*. Étant donnés la composition ethnique des populations de la Gaule et leur état social, il est naturel que les traditions romaines aient prévalu dans le Midi et les usages germaniques dans le Nord.

Cette division est très ancienne (1), mais elle prit avec le temps une fixité et une rigidité qu'elle n'avait pas eues primitivement.

37. Droit romain suivi en Gaule. — Du reste, il y a une confusion à éviter. Le droit romain qu'on suivait alors dans la Gaule n'était pas le droit de Justinien, empereur byzantin du VIe siècle : la Gaule n'avait pas reçu cette législation à son apparition parce qu'elle s'était séparée de l'Empire dans le cours du Ve siècle, et le droit qui y était en vigueur était représenté par les œuvres des jurisconsultes classiques du IIIe siècle, et par le Code théodosien, de 438. Ce n'est que beaucoup plus tard que la législation de Justinien, promulguée à Constantinople de 529 à 534, s'est introduite chez nous ; elle y pénétra principalement sous l'influence des Universités, au XIIe et au XIIIe siècles.

38. Ligne de séparation. — On indique souvent le cours de la Loire comme ligne de démarcation, ce qui est une erreur ; les pays de coutume s'avançaient bien au Sud de la Loire. La limite partait des environs de Genève à la pointe Sud de la Franche-Comté ; elle se dirigeait de l'Est à l'Ouest, et aboutissait à la mer en suivant le cours de la Charente à partir de Saintes. L'Aunis, une partie de la Saintonge, le Poitou, le Berry, une partie de la Marche étaient pays de coutume. En outre, sur ce trajet, les pays de coutume poussaient deux pointes vers le Sud ; l'une était l'Angoumois, l'autre l'Auvergne, en grande partie coutumière (vallée de l'Allier entre Saint-Flour et le Puy).

(1) En voici les premières mentions connues : « Omnis hæc solemnitas... necessaria est his partibus, in quibus juris legisque prudentia viget ; aliis vero partibus, ubi sacratissimæ leges incognitæ sunt, sufficit sola oblatio » (*Petri excerptiones*, XIe siècle, II, 31 *in fine*). Les « sacratissimæ leges » sont les lois impériales de Rome. — « In Francia et nonnullis provinciis, laici romanorum imperatorum legibus non utuntur » (Décrétale de 1220).

Les pays de droit écrit comprenaient donc à peine les deux cinquièmes de la France, mais il fallut plus tard leur ajouter l'Alsace, qui pratiquait le droit romain, comme tout le Saint-Empire.

Certains auteurs ont une opinion qui augmente singulièrement l'étendue des pays de droit écrit. Ils ne reconnaissent comme pays coutumiers que ceux qui refusaient formellement au droit romain le caractère de droit commun subsidiaire (Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, p. 218 et suiv.). A ce compte un certain nombre de provinces coutumières seraient considérées comme régies par le droit romain.

39. Les coutumes. — Outre cette grande division, il s'était formé des divisions secondaires. Partout où existait une juridiction indépendante, les usages de la région avaient fini par constituer un corps de doctrines et de solutions qui se distinguaient des usages suivis dans les régions voisines. Ainsi naquirent nos coutumes.

La région dite « coutumière » n'était pas la seule à posséder des coutumes. Le Midi avait aussi les siennes : il y avait une coutume de Bordeaux, une coutume de Toulouse, etc. ; seulement ces coutumes méridionales étaient beaucoup moins importantes que celles du Nord, moins riches en solutions, et surtout moins éloignées des traditions romaines.

Parmi les coutumes, les unes avaient un ressort étendu et s'appliquaient dans une province entière (coutumes d'Anjou-Maine, de Berry, de Bourgogne, de Bretagne, de Nivernais, de Normandie, de Paris, de Poitou, etc.). On les appelait *coutumes générales*, et on en comptait environ soixante. — Les autres étaient de petites coutumes applicables seulement à des cas particuliers, par dérogation à une coutume générale, et cantonnées dans une étroite région, parfois dans une seule ville ou un seul bourg. C'étaient les *coutumes locales;* on en comptait environ 300.

40. Répartition géographique des coutumes françaises. — La carte des coutumes a été publiée par Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français* (1843, 2 vol.). On en reçoit l'impression d'une confusion extrême, mais il est facile d'y apporter un peu d'ordre. Retranchons d'abord les pays de droit écrit ; puis les provinces frontières du Nord et de l'Est, anciennes possessions espagnoles et teutoniques, tardivement acquises par la royauté ; retirons encore les ressorts des Parlements de Bourgogne, de Normandie et de Bretagne, régis chacun par une grande coutume homogène. Ce qui reste forme le ressort du Parlement de Paris (voir Schrader, *Atlas historique de la France*, carte 42, nº V). Divisons-le, du Nord-Ouest au Sud-Est, par une diagonale passant par Dreux, Étampes et Sens. La portion située au Sud de cette ligne représente à peu près le bassin de la Loire ; elle est plus vaste que l'autre, mais les coutumes y sont peu nombreuses et leur ressort est généralement grand : Angoumois, Poitou, Berry, Auvergne, Bourbonnais, Nivernais, Touraine, Anjou-Maine, Orléans, etc. C'est seulement dans le Perche et dans le pays chartrain que le morcellement fait son apparition ; cette région peut être considérée, avec celle d'Auxerre, comme servant de transition entre les deux moitiés du ressort de Paris. Au Nord de la diagonale Dreux-Sens, c'est-à-dire dans les bassins de la Seine et de la Somme, l'enchevêtrement est extrême ; les coutumes locales surabondent. A l'exception des coutumes d'Artois et de Vermandois, dont le territoire est assez bien arrondi, les coutumes importantes ont une configuration bizarre, qui semble découpée à plaisir (Sens, Vitry), ou bien elles ont des enclaves éloignées (Joigny dépendant de Troyes ; Rethel et Mézières dépendant de Vitry). Ces différences tiennent à des faits historiques. Dans la région voisine de Paris, le pouvoir royal n'a laissé subsister que de petites juridictions sujettes, beaucoup moins puissantes que celles des grands apanages et des grands fiefs qui ont occupé le reste du pays ; ces dernières ont unifié la jurisprudence dans leur ressort ; partout ailleurs l'unité a manqué.

41. La rédaction des coutumes. — Notre droit coutumier changea de caractère par l'effet de la *rédaction officielle des coutumes*. Cette grande opération fut prescrite sous Charles VII par l'ordonnance de Montilz-lèz-Tours, le 17 avril 1453 ; mais elle ne fut commencée que sous Charles VIII, et même la plupart des rédactions de coutumes datent du XVIe siècle.

Les États généraux de Tours, en 1483, demandèrent que l'ordonnance de Charles VII fût exécutée (Isambert, t. XI, p. 61, art. 21). Les premières coutumes rédigées furent celles

de Ponthieu, du Perche, de Mortagne, de Bellesme, de Nogent-le-Rotrou et du Boulenois, sanctionnées par le roi le 28 janvier 1488. La coutume de Paris fut rédigée en 1510 (1).

42. Effet de cette rédaction. — La fixation officielle du texte supprima l'*incertitude* et la *variabilité* des coutumes. Une fois rédigée la coutume cessait d'être, à proprement parler, du droit coutumier dépendant de l'usage seul ; elle devenait *une véritable loi*, à laquelle les particuliers et les tribunaux ne pouvaient plus rien changer et qui émanait du pouvoir royal (2). Mais cette rédaction laissait subsister l'autre inconvénient des coutumes, leur multiplicité, leur *morcellement territorial*. Et non seulement on maintenait ce défaut, mais même on l'aggravait : on le rendait *plus difficile à détruire*. En effet, en fixant les coutumes par écrit, on les rendait immuables ; on leur enlevait la faculté de s'unifier, de se rapprocher les unes des autres, juste au moment où l'unification politique de la France donnait à son droit une tendance à l'unité.

En général, la rédaction officielle des coutumes n'en modifia pas l'esprit : on se contenta de mettre par écrit les règles admises, en opérant tout au plus des modifications de détail d'ordre secondaire. Cependant sur quelques points il en fut autrement. On doit signaler notamment le rôle du président Lizet, grand partisan du droit romain, qui profita de la mission qui lui fut donnée lors de la rédaction de la coutume du Berry, pour y introduire le plus possible l'esprit romain (Gui Coquille, *Institution au droit français*, chap. Des Donations).

43. Recueil des coutumes. — Les coutumes rédigées ont eu de nombreuses éditions séparées. En outre, la plupart ont été recueillies dans *le Coutumier général*, de Bourdot de Richebourg (Paris, 1724, 4 ou 8 vol. in-fol.).

44. Prépondérance de la coutume de Paris. — Parmi toutes les coutumes françaises, il en est une qui obtint rapidement la prépondérance ; c'est celle de Paris. Son ressort direct n'était pas très étendu, quelques lieues seulement autour de la ville ; mais Paris était la capitale du royaume ; son Parlement avait un ressort très vaste et exerçait sur la jurisprudence des autres provinces une influence assez considérable ; c'était Paris qui était déjà le foyer principal de l'étude du droit, surtout depuis le XVIe siècle. Enfin la prééminence de la coutume parisienne fut fortement aidée par certains jurisconsultes ; voyez ce qui est dit du rôle de Dumoulin (ci-dessous, n° 53). Pour toutes ces raisons réunies la coutume de Paris fut considérée comme représentant *le droit commun du royaume*, et suivie à ce titre dans la plupart des provinces quand la coutume de la région était muette.

44 *bis*. Réformation des coutumes. — Une bonne partie des coutumes, qui avaient été rédigées une première fois au commencement du XVIe siècle, durent être revisées et rédigées à nouveau. Ce fut ce qu'on appela la « réformation » des coutumes. Ce travail, nécessité par les critiques que Dumoulin et d'Argentré adressèrent à la première rédaction (ci-dessous, n° 53), fut demandé en premier lieu par les États de Bretagne pour la coutume de leur pays (session d'octobre 1574) ; puis les États généraux de Blois, en 1576, demandèrent la même chose pour le reste de la France. Les premières coutumes réformées furent celles de Bretagne et de Paris, en 1580 ; puis celles de Normandie et d'Orléans, en 1583. La

(1) Date des principales coutumes : Amiens, 1507 (réformée en 1567) ; Anjou, 1508 ; Artois, 1509 ; Auvergne, 1510 ; Beauvoisis, 1539 ; Berry, 1539 ; Blois, 1523 ; Boulenois, 1493 (réformée en 1550) ; Bourgogne (Franche-Comté de), 1459 ; Bourgogne (Duché), 1459 (réformée en 1570 et 1576) ; Bourbonnais, 1500 (réformée en 1521) ; Bretagne, 1539 (réformée en 1580) ; Laon, 1556 ; Maine, 1508 ; la Marche, 1521 ; Melun, 1560 ; Nivernais, 1534 ; Normandie, 1583 ; Orléans, 1509 (réformée en 1583) ; Paris, 1510 (réformée en 1580) ; Perche, 1505 (réformée en 1558) ; Poitou, 1514 (réformée en 1560) ; Senlis, 1539 ; Sens, 1506 (réformée en 1555) ; Touraine, 1507 (réformée en 1559). Comparez la liste chronologique donnée par Isambert, t. XI, p. 457-459 et note.

(2) Exemple : « Voulons icelles coustumes estre leues, publiées et enregistrées en nostre cour de Parlement et es sieges et senechaussées, et par tout led. pays gardées et observées de point en point inviolablement et sans enfraindre, comme loy perpetuelle et irrévocable... » (Lettres patentes de Henri III, pour la réformation de la coutume de Bretagne, 12 mai 1575). — Les anciens jurisconsultes se sont parfois demandé dans quelle mesure les coutumes étaient devenues droit écrit par leur rédaction (Poullain du Parc, *Principes*, t. I, p. 3 ; Brodeau, *Coustume de Paris*, t. I, p. 1 et suiv.).

rédaction antérieure prit alors le nom d'*ancienne coutume*. Voyez ci-dessus p. XVI, à l'index des abréviations, aux lettres A. C., N. C., et T. A. C.

§ 2. — *Anciens éléments d'unité.*

45. Énumération. — Dans sa diversité extrême, l'ancien droit possédait cependant quelques éléments d'unité. On en peut signaler trois : le *droit canonique*, les *ordonnances royales*, la *doctrine*.

A. — Droit canonique.

46. Son ancienne importance. — Le droit canonique (du grec Κανών, règle) est l'ensemble des règles par lesquelles se gouverne l'Église catholique. C'est donc une législation propre aux gens d'Église et aux questions d'ordre religieux, non seulement unitaire pour la France, mais dépassant de beaucoup ses frontières. Cette législation a ses textes (Écriture sainte, statuts des conciles, décrétales des papes, sentences des Pères), son recueil, le « Corpus juris canonici », ses docteurs (docteurs en droit canon) (1), ses tribunaux, les « officialités » ou tribunaux des évêques.

Le droit canonique existe encore, mais il est confiné dans l'ordre purement religieux ; les laïques ne s'en occupent plus guère. Jadis il a tenu une très grande place. Les officialités avaient étendu leur compétence à une foule de procès qui sont rentrés depuis dans le ressort des tribunaux ordinaires ; leur prétexte était que ces affaires soulevaient une question de conscience ou de sacrement. Ainsi le sacrement de mariage leur avait servi à connaître de presque tous les rapports de famille, douaire, adultère, filiation, etc. Ainsi encore les testaments et les contrats leur appartenaient, à cause du serment qui en garantissait l'exécution. — Le droit canonique eut son apogée au XIIIe siècle ; peu à peu il fut refoulé par l'autorité royale dans le domaine restreint qui lui est resté.

47. Bibliographie. — *Histoire.* — P. VIOLLET, *Histoire du droit français*, 2e édit., p. 59-90. — H. VOLLET, *Grande Encyclopédie*, vo Canon, t. IX, p. 57. — PAUL FOURNIER, *Les officialités au moyen âge*, 1880. — HUC, *Influence du droit canonique sur la constitution juridique de la famille* (*Revue critique*, 1856, p. 224).

Sources. — A. TARDIF, *Histoire des sources du droit canonique*, Paris, 1887. — Voyez aussi l'ouvrage de M. GAVET (indiqué ci-dessus, no 34), spécialement aux pages 328 à 414.

Exposés doctrinaux. — L'abbé Michel ANDRÉ (plus tard évêque), *Cours alphabétique et méthodique de droit canon*, 1re édit., 1844-1845, 2e édit., 1859. — J. WAGNER, *Dictionnaire de droit canonique de Mgr André et de l'abbé Condis*, nouv. édit., 1894, 4 vol. in-4o.

B. — Ordonnances royales.

48. Leur progression. — Nos premiers monarques avaient eu le pouvoir législatif à la façon des empereurs romains, comme le prouvent les édits et capitulaires des rois francs. Ils le perdirent au IXe siècle par l'épanouissement de la féodalité, qui ruina leur autorité, et ce fut beaucoup plus tard que leurs successeurs recouvrèrent ce pouvoir, à mesure que la féodalité déclina et que la monarchie se reconstitua.

A l'inverse du droit canonique, la législation royale a suivi une marche ascendante depuis le XIIIe siècle. Appliquée d'abord aux pays dits « de l'obéissance le roi », elle s'étendit à toute la France quand la royauté eut abattu la puissance des grands vassaux et absorbé leurs fiefs. (la Bourgogne en 1477, la Bretagne en 1491-1532). Les ordonnances royales auraient donc

(1) Dans nos anciennes universités, il y avait deux écoles de droit distinctes, celle du droit canonique et celle du droit civil. D'où la formule : *Faculté des droits*. Beaucoup de docteurs prenaient leurs grades dans les deux ordres et s'appelaient *Doctores in utroque* sous-entendu *jure*).

pu, pendant les trois derniers siècles de la monarchie, constituer une législation uniforme ; mais le *refus d'enregistrement* opposé parfois par quelques parlements amenait encore de l'irrégularité dans leur exécution : telle ordonnance, enregistrée dans un ressort, restait lettre morte dans un autre.

49. Leurs variétés. — Le mot « ordonnances » est un terme générique. Dans les trois derniers siècles, on distinguait : 1° l'*ordonnance* proprement dite, qui embrassait un ensemble de matières souvent très diverses ; 2° l'*édit*, qui avait un objet spécial ; 3° la *déclaration*, qui interprétait un édit ou une ordonnance ; 4° les *lettres patentes*, qui concernaient des intérêts privés (concessions de dons ou de privilèges).

50. Recueils des ordonnances. — Les ordonnances royales sont très nombreuses ; leurs collections forment des recueils considérables, mais parmi elles il en est peu qui touchent au droit privé.

Il n'existe pas de recueil complet et satisfaisant aux exigences de la critique moderne. La grande collection intitulée *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, dite *collection du Louvre*, a été entreprise en 1723 par Laurière et continuée par l'Académie des inscriptions ; elle s'arrête à 1514 et forme 23 vol. in-folio. — Un autre recueil, appelé *Recueil d'Isambert*, a été publié en 1827 (29 vol. in-8°) par MM. Jourdan Decrusy et Isambert sous le titre : *Recueil général des anciennes lois françaises*. Il va des origines à 1789. — Voir aussi FONTANON, *Les édicts et ordonnances des rois de France*, Paris, 1611, 4 vol. in-fol. ; NÉRON et GIRARD, *Recueil d'édits et ordonnances royaux*, Paris, 1720, 2 vol. in-fol. — L'Académie des sciences morales a publié (depuis 1887) un *Catalogue des actes de François Ier*

51. Liste des ordonnances principales. — Celles qu'on peut avoir le plus souvent occasion de rencontrer dans l'étude du droit civil sont les suivantes :

Août 1539. *Ordonnance de Villers-Cotterets*, sur le fait de la justice ; œuvre du chancelier Poyet.

Février 1556. Édit sur les *mariages clandestins* (contractés par des enfants sans le consentement de leurs parents).

Juillet 1560. Édit sur les *secondes noces*, porté sous François II par le chancelier de l'Hôpital. Comp. art. 1098 C. civ.

Janvier 1561 (nouv. style). *Ordonnance d'Orléans*, rendue par le chancelier de l'Hôpital sur les remontrances des États d'Orléans.

Février 1566. *Ordonnance de Moulins*, sur la réforme de la justice.

Mai 1579. *Ordonnance de Blois*. Signée à Paris, mais rendue sur les remontrances des États de Blois.

Août 1606. Édit abrogeant le S. C. Velléien et rendant les femmes capables de s'obliger avec l'autorisation de leurs maris. Renouvelé en 1683 pour la Bretagne. Étendu en 1703 à la Franche-Comté.

Mai 1609. Déclaration portant pouvoir de succéder aux hypothèques des anciens créanciers sans cession d'iceux. Création d'un nouveau mode de subrogation légale. Comp. art. 1250 1° C. civ.

Janvier 1629. Ordonnance rendue par le chancelier Michel de Marilhac, appelée par dérision *Code Michaud* (ci-dessous, n° 55). Son art. 121 est à rapprocher de l'art. 2124 C. civ.

Avril 1665. Abrogation de la loi *Julia* (sur l'inaliénabilité du fonds dotal) dans le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez et le Mâconnais.

Avril 1667. Ordonnance sur la réformation de la justice, dite *ordonnance civile*. Œuvre de Colbert. Voyez ci-dessous, n° 56.

Mars 1673. Édit créant des greffes spéciaux pour enregistrer les oppositions des créanciers hypothécaires. Tentative de Colbert pour établir la publicité des hypothèques. Rapporté dès l'année suivante.

Pour les autres ordonnances de Colbert qui sont par leur objet étrangères au droit civil, voyez ci-dessous, n° 56.

Février 1731. Ordonnance sur les *donations*.

Août 1735. Ordonnance sur les *testaments*.

Août 1747. Ordonnance sur les *substitutions*.

Août 1749. Ordonnance sur les *gens de mainmorte.*

Ces quatre dernières ordonnances sont l'œuvre du chancelier d'Aguesseau.

Juin 1771. Édit créant une procédure nouvelle pour la *purge des hypothèques* et abrogeant les décrets volontaires.

C. — Doctrine et jurisprudence.

52. Définition et tendances. — On appelle « doctrine » les *opinions* et les *idées* émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages.

De tout temps les jurisconsultes français ont poussé notre droit vers l'unité. Il ne suffirait pas, pour expliquer cette tendance, de rappeler le goût naturel de l'esprit français, qui aime les choses simples, qui recherche l'ordre et la régularité. Il est, du reste, fort douteux que cet esprit existât avant le XVIe siècle. Deux grandes influences sociales ont agi dans le même sens. L'une était l'*enseignement des Universités*, essentiellement fondé sur des législations unitaires (droit romain, droit canonique) ; le droit romain surtout dominait les esprits par sa supériorité, par sa puissance logique, et leur créait un impérieux besoin d'unité. L'autre influence était le *régime monarchique*, qui se centralisait de plus en plus et tendait à la monarchie absolue ; les légistes ont été les serviteurs dévoués des rois dans cette œuvre. Le roi a tout absorbé ; aujourd'hui la personne royale a disparu, mais l'organisation unitaire est restée.

53. Principaux jurisconsultes. — Les jurisconsultes français ont beaucoup écrit, surtout depuis la rédaction des coutumes (1). Négligeons d'innombrables livres de pratique, sans valeur propre, œuvres éphémères qu'il est permis d'ignorer. Parmi les ouvrages de mérite, il faut faire deux parts. Quelques-uns ont été faits *pour une seule province et n'offrent qu'un intérêt local* ; telles sont les œuvres de Gui Coquille pour le *Nivernais* (2), de Thaumas de la Thaumassière pour le *Berry*, de Pierre Hévin pour la *Bretagne*, de Chabrol pour l'*Auvergne*, de Basnage pour la *Normandie*, etc. ; ces écrivains peuvent avoir un mérite personnel égal à celui des plus grands, mais ils ont travaillé sur un petit théâtre et leur œuvre n'intéresse pas la France entière.

Restent ceux qui avaient une tendance à s'élever au-dessus des bornes étroites de leur ressort judiciaire ; qui, par combinaisons et rapprochements, ont cherché à *donner au droit français une formule générale* et qui en ont par suite préparé l'unité à tel point qu'on a pu les appeler les *précurseurs*. Voici quelques rapides indications sur les plus éminents.

Charles Dumoulin (en latin *Molinaeus*). Né à Paris en l'an 1500 ; mort en 1566. La plupart de ses ouvrages sont écrits en latin ; ils sont remarquables par la science et la vigueur de la dialectique, mais rédigés dans un style obscur et difficile à lire. La vie de Dumoulin, fort intéressante, fut active, militante ; son orgueil égalait son mérite ; il se vantait d'avoir forcé le Pape à céder, après que le roi de France y eut échoué (3). Son œuvre peut se réduire à quelques points. Il a ardemment combattu deux choses qui faisaient obstacle à la puissance royale : d'une part, la *féodalité* (voyez son commentaire sur le titre Ier de la coutume de Paris, intitulé *De fiefs*) ; de l'autre, la *puissance de l'Église*, représentée principalement par les tribunaux ecclésiastiques et par les décisions des papes et des conciles. — L'influence

(1) Pour l'époque antérieure nous possédons des œuvres remarquables, constatant le droit particulier d'une province. Les principales sont les *Coutumes de Beauvoisis*, de Philippe de Beaumanoir, écrites de 1279 à 1283 ; la *Très ancienne coutume de Bretagne*, véritable traité de droit, rédigé entre 1312 et 1325 ; le *Grand coutumier de France*, par Jacques d'Ableige, vers 1389 ; la *Somme rurale*, de Jehan Boutillier, mort en 1395.

(2) On pourrait peut-être ranger Gui Coquille parmi les jurisconsultes dont les œuvres ont un intérêt général, à cause de son *Institution au droit français*, où se remarque un certain penchant à généraliser ; mais ce n'est pas là son œuvre principale.

(3) « Sire, disait le connétable Anne de Montmorency au roi Henri II en lui présentant Du Moulin, ce que Votre Majesté n'a pu faire et exécuter avec trente mille hommes, de contraindre le pape Jules à lui demander la paix, ce petit homme (Du Moulin était de petite taille) l'a achevé avec un petit livret » (Brodeau, *Vie de Du Moulin*, en tête des *Œuvres* de celui-ci, édit. de 1681, t. I, p. 21, chap. 2). Dumoulin le dit lui-même dans son *Traité des Donations*, édit. de 1556, n° 87. Allusion à son commentaire sur l'édit des Petites dates de 1550.

de Dumoulin sur les destinées du droit français a été grande. Il a commenté un peu toutes les coutumes, mais principalement la coutume de Paris, qu'il prenait toujours pour type (*caput, regina consuetudinum*) et à laquelle il cherchait à ramener toutes les autres. Il demandait déjà l'unification de notre droit coutumier, dans son écrit intitulé *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciæ* (*Œuvres*, Paris, 1680, t. II, p. 690). Il n'obtint rien de pareil, mais ses travaux eurent un autre résultat ; il écrivait à une époque où les principales coutumes avaient déjà été rédigées (Orléans, 1509 ; Paris, 1510 ; Berry et Bretagne, 1539), et il critiqua beaucoup cette première rédaction, disant qu'elle avait été faite trop vite, que les textes n'avaient pas été assez étudiés, que la noblesse s'était hâtée de voter pour empêcher des réformes qui auraient pu diminuer ses privilèges, etc. Ses critiques étaient fondées, et elles provoquèrent la *réformation* des coutumes, dont il est parlé ci-dessus au n° 44 *bis*. — A lire sur Dumoulin : Brodeau, *La vie de Charles du Molin*, Paris, 1654 ; Aubépin, *Influence de Dumoulin sur la législation française* (*Revue critique*, t. III et IV).

Bertrand d'Argentré, sénéchal de Rennes et président du présidial. Né à Vitré en 1519, mort en 1590. On parle souvent de B. d'Argentré en l'opposant à Dumoulin, de façon à faire croire qu'ils ont eu une polémique ensemble ; or, quand d'Argentré a publié son premier ouvrage, en 1568, Dumoulin était mort depuis deux ans. Ce qui est vrai, c'est que d'Argentré a combattu toutes les grandes thèses qu'avait soutenues Dumoulin. Celui-ci était roturier, il défendait les prérogatives royales ; il rêvait un avenir différent du passé. D'Argentré était noble, et fort entiché de sa noblesse ; défenseur ardent de tous les privilèges des nobles, il a incarné mieux que personne l'esprit de résistance et de conservation qui caractérise la Bretagne. C'était d'ailleurs un écrivain spirituel, son langage est souvent piquant et railleur. Comme Dumoulin, il critiqua la première rédaction des Coutumes et poussa à la réformation que les États de Bretagne demandèrent dès le mois d'octobre 1574.

Antoine Loisel (1536-1617)(1). Disciple de Cujas. Célèbre par ses *Maximes* ou *Institutes coutumières*, espèces de petites sentences ou de proverbes juridiques qui se gravent facilement dans la mémoire (Exemples : Pauvreté n'est point vice et ne désanoblit point. Fille fiancée n'est prise ni laissée, car tel fiance qui n'épouse point. Convenances (contrats) vainquent lois. Qui vend le pot dit le mot.) Ce petit recueil, annoté plus tard par Eusèbe de Laurière, et réédité de nos jours par Dupin et Laboulaye (Paris, 1846, 2 vol. in-12), est un des livres les plus commodes pour étudier les origines de notre droit moderne. Voyez les articles de M. Paul Henry, *Revue critique*, 1899 à 1910.

Jean Domat, avocat au présidial de Clermont, né à Clermont en Auvergne, en 1625 ; mort à Paris en 1696 ; ami de Pascal et des Arnauld. A publié en 1694 *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, livre célèbre qui le place au premier rang parmi ceux qui ont préparé la voie au Code civil. Jurisconsulte philosophe, représentant éminent de l'*esprit classique*, il a, selon les expressions de d'Aguesseau, « donné le plan de la société civile le mieux ordonné qui ait jamais paru ». Boileau disait de lui qu'il était le « restaurateur de la raison dans la jurisprudence ». Pour l'influence de Domat sur les jurisconsultes en général, et sur d'Aguesseau en particulier, voyez Cousin, dans le *Journal des savants*, de 1843 ; Loubers, *Domat philosophe et magistral*, 1873, in-8° ; Vallier, *Fondement du droit successoral*, thèse, § 197.

Eusèbe de Laurière (1650-1728). L'annotateur des *Maximes* de Loisel. Érudit, historien d'un savoir très étendu et d'un jugement sûr, s'occupant avec passion des origines du droit français, il a publié divers ouvrages originaux (*Dissertation sur le tènement de cinq ans*, 1698 ; *De l'origine du droit d'amortissement*, 1692 ; des *Notes* sur la coutume de Paris, 1698, 3 vol. ; un *Traité des institutions contractuelles*, 1715, 2 vol. in-12). En outre il a refait un *Glossaire du droit français* (1704, 2 vol. in-4), publié en 1595 par Ragueau et réédité de nos jours à Niort (1882-1887).

Bourjon. Publia en 1747 un ouvrage intitulé *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, œuvre vulgaire quand on la compare au travail de Domat,

(1) Ne pas confondre Antoine Loisel avec Charles Loyseau (1566-1627), qui a écrit de longs ouvrages, entre autres un *Traité des Seigneuries*, qui, malgré sa forme modérée, est la véritable condamnation des justices seigneuriales. Voir Lelong, *La vie et les œuvres de Charles Loyseau*, thèse, Paris, 1909.

mais utile et sérieuse. Bourjon a beaucoup contribué à la préparation du code par la méthode qu'il a employée pour classer et diviser en titres, chapitres et sections, les nombreux principes et solutions amassés par lui.

Pothier. Né à Orléans en 1695, mort en 1772. A la fois conseiller au présidial d'Orléans et professeur à l'Université de la même ville, il a laissé des œuvres nombreuses, qui forment (sans parler de ses travaux sur le droit romain) un recueil complet du droit civil sous la forme de traités séparés sur toutes les matières. C'est là que le Code civil a été pris en grande partie. Nourri comme Domat de l'esprit classique, Pothier est un jurisconsulte d'un grand sens et surtout d'une clarté qui ne s'obscurcit jamais, mais il manque de critique et de vues personnelles. Il simplifia et clarifia toute la matière juridique destinée à passer dans nos codes, mais il est resté étranger au grand mouvement philosophique qui emportait tout le XVIIIe siècle. Ses œuvres ont été rééditées par M. Bugnet avec notes (1861-1862, 11 vol. in-8°).

Il y eut sans doute beaucoup d'auteurs importants qui ne peuvent figurer dans cette liste réservée aux plus grands. Citons seulement Julien Brodeau (*Coutume de Paris*, 1658-1669, 2 vol., inachevé) et Lebrun (*Traité des successions*, 1743 ; *Traité de la communauté*, 1754). On trouvera une bibliographie détaillée de tout notre ancien droit dans *La profession d'avocat*, de Camus, 5e édit. par Dupin, 1832, t. II.

Consulter Meynial, *Rôle de la doctrine et de la jurisprudence dans l'unification du droit en France* (*Revue générale du droit*, octobre 1903).

Enfin il serait injuste d'oublier ici les philosophes du XVIIIe siècle, principalement Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau, dont les idées exercèrent une influence considérable sur la Révolution et sur la législation qui en sortit.

53 *bis*. Anciens recueils de jurisprudence. — Les anciens recueils d'arrêts sont assez nombreux. Les principaux sont :

Louet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, 1602. Éditions nombreuses jusqu'en 1712 (2 vol. in-fol.). Avec des notes excellentes de Julien Brodeau.

Bouchel, *La Bibliothèque ou Trésor du droit français*, Paris, 1629, 3 vol. in-fol.

Blondeau, etc. *Journal du Palais*, 1re édition, 1672. Réédité à différentes reprises et notamment en 1755, 2 vol. in-fol.

Dufresne, etc. *Journal des Audiences du Parlement de Paris* (depuis 1622). Commencé en 1680. Réimprimé à Paris en 1754 (7 vol. in-fol.). Le recueil s'arrête à l'année 1722.

Bardet. *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*. Paris, 1690, 2 vol. in-fol. Réédité à Avignon en 1773 par La Laure.

Brillon. *Dictionnaire des arrêts*, Paris, 1727, 6 vol. in-fol.

Richer. *Causes célèbres...*, Amsterdam, 1772-1778, 22 vol. in-12.

Denisart. *Collection de décisions nouvelles*, 1re édition, 1771, 4 vol. in-4. Le *Nouveau Denisart*, par Camus et Bayart, a paru de 1783 à 1790 (9 vol. in-4).

Guyot. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1re édition, 1775-1786, 81 vol. in-8°. — 2e édition, 1784-1785, 17 vol. in-4°.

On peut aussi consulter les recueils de *Plaidoyers*, notamment ceux de d'Aguesseau et ceux de Cochin (*Œuvres complètes*, Paris, 1821, 8 vol. in-8°). Voir aussi les *Annales du barreau français...*, *depuis Lemaistre et Patru...*, Paris, 1823-1831, 26 vol. in-8. Pour plus de détails voir Camus, *Profession d'avocat*, t. II, nos 1297 à 1430 et 1775 à 1782.

§ 3. — *Anciennes tentatives de codification.*

54. Première idée de l'unification du droit. — L'idée de mettre fin à la diversité du droit français en le codifiant est très ancienne. Commines l'attribue déjà à Louis XI, et on a vu plus haut que Dumoulin avait signalé la codification comme une mesure à la fois désirable et possible.

55. Demandes des États généraux. — Les États généraux réclamèrent plusieurs fois

cette grande réforme. Elle fut demandée d'abord en 1560, aux États d'Orléans. Le Tiers voulait qu'il fût fait « recueil de ce qui devait estre doresnavant gardé et observé entre les sujets retranchant le surplus, et que par ce moyen on coupast le chemin à toutes longueurs et affluences des procez et malices des parties et ministres de la justice » (art. 243). La noblesse émettait le même vœu. Le roi promit, mais on ne fit rien. Même demande en 1576, aux États de Blois : « Ces deux ordres demandent que tous les édits, ordonnances et coutumes soient reçus par certains savants et expérimentés personnages, qui seraient à ce choisis et députez, et pour éviter la confusion de la multiplicité des lois, compileront un volume et cahier de celles qu'ils devront garder, et qui se trouveront utiles et nécessaires en ce royaume, afin d'abroger toutes les autres. » L'ordonnance dite de Blois, de 1579, fit droit à cette requête au moins dans une certaine mesure : son art. 207 promettait la *codification des ordonnances* (mais non des coutumes). Ce travail fut confié à un magistrat du Parlement de Paris, le président Barnabé Brisson, qui s'appliqua à classer méthodiquement, par ordre de matières, toutes les ordonnances alors en vigueur, mais son recueil ne reçut jamais la sanction royale ; Brisson fut pendu en 1591 par ordre des Seize, et son travail, resté à l'état d'œuvre privée, fut publié comme tel en 1603 par Charondas (Le Caron), sous le titre de *Code du roi Henri III* (1 vol. in-fol.). Le vœu des États n'était donc pas accompli.

Les États de 1614, les derniers qui s'assemblèrent avant la Révolution, renouvelèrent le vœu pour la troisième fois, toujours vainement. Cependant le chancelier Michel de Marilhac fit paraître en 1629, avec l'intention de leur donner certaine satisfaction, une grande ordonnance qui contenait une codification partielle. Mais quelques dispositions de cette ordonnance, contraires aux privilèges de la noblesse et des magistrats, la firent échouer ; la plupart des Parlements refusèrent de l'enregistrer, et elle resta lettre morte, affublée du nom de *Code Michaud*, que les parlementaires lui donnèrent par dérision, du prénom du chancelier.

56. Œuvre de Colbert. — Sous Louis XIV, il y eut une tentative plus sérieuse de codification. Colbert en avait certainement conçu le projet, et il fit partager ses idées au roi. On nomma une commission composée exclusivement de conseillers d'État et de praticiens que Louis XIV présida quelquefois en personne. Louis XIV et Colbert, qui n'aimaient ni l'un ni l'autre le Parlement de Paris, l'avaient tenu d'abord soigneusement à l'écart de leurs travaux, mais le bruit en arriva jusqu'aux magistrats ; ceux-ci s'émurent et, en gens avisés, députèrent leur Premier Président, Guillaume de Lamoignon, pour entretenir le roi d'un projet semblable, feignant d'ignorer ce qui se passait ; la magistrature se trouva ainsi associée à la préparation des ordonnances. La première séance eut lieu au Louvre le 25 septembre 1665. Ce fut de ces travaux que sortirent les grandes ordonnances de Colbert, qui sont de véritables codes, mais qui portent toutes sur des matières autres que le droit civil, lequel ne fut pas touché. Ces ordonnances sont les suivantes :

Ordonnance d'avril 1667, dite *Code Louis* ou *ordonnance civile*, quelquefois *Code civil*, mais qui règle uniquement la procédure civile ;

Ordonnance d'août 1669, sur les eaux et forêts ;

Ordonnance d'août 1670, sur la procédure criminelle, dite *Code criminel;*

Ordonnance de mars 1673, sur le commerce terrestre ;

Ordonnance d'août 1681, sur la marine.

Toutes ces ordonnances ont été bien étudiées et bien rédigées ; elles ont servi de modèles aux codes spéciaux qui furent faits plus tard sur les mêmes matières.

57. Les Arrêtés de Lamoignon. — Le président de Lamoignon semble avoir été le premier à tenter un travail de codification pour le droit civil. Dès avant 1665, il avait, avec l'approbation du roi, organisé en son hôtel des conférences de magistrats et d'avocats, où l'on recherchait le moyen de réduire le droit français en formules générales ; ces discussions n'aboutirent à rien, mais plus tard Lamoignon reprit ses études à titre purement privé. Aidé par les avocats Auzanet, Fourcroy et quelques autres, il entreprit la rédaction d'un texte amélioré de la coutume de Paris (1), et termina en 1672 ses *Arrêtés* où sont formulées,

(1) Nous avons le procès-verbal de cette revision, qui n'est jamais devenue officielle, dans des *Lettres de Me Barthélemy Auzanet à un de ses amis* (en tête des *Œuvres* d'Auzanet, Paris,

dans de courts articles, les principales décisions auxquelles il était arrivé. Cet ouvrage resta quelque temps manuscrit ; il n'était pas encore imprimé en 1697, et on le citait déjà dans les plaidoiries (D'AGUESSEAU, *Œuvres*, t. IV, p. 225). Il fut publié en 1702 sous le titre : *Arrêtés de M. le P. P. de L. ou les lois projetées dans les conférences du premier président de Lamoignon pour les pays coutumiers de France et pour les pays qui s'y régissent par le droit écrit* (Paris, 2 vol. in-4°, sans nom de ville ni de libraire. — Réimpression en 1776 et en 1783). Le travail de Lamoignon a beaucoup servi au chancelier d'Aguesseau et aux rédacteurs du Code civil.

58. Œuvre de d'Aguesseau. — Henri-François d'Aguesseau, né à Limoges en 1668, mort à Paris en 1751, procureur général au Parlement de Paris, puis chancelier à trois reprises de 1717 à 1750, a rédigé et publié trois ordonnances remarquables, sur les donations (février 1731), sur les testaments (août 1735), sur les substitutions (août 1747). Ces ordonnances sont *les seules* dans l'œuvre législative de l'ancienne monarchie, *qui réglementent dans leur ensemble de grandes matières de droit civil.* Par le soin avec lequel elles furent préparées et rédigées, elles sont encore supérieures aux ordonnances de Colbert, et leurs dispositions ont, en grande partie, passé dans le code Napoléon. Elles font le plus grand honneur à leur auteur ; ce n'était pourtant là qu'une faible partie de ce qu'il voulait faire, car d'Aguesseau projetait, comme Lamoignon, une refonte générale du droit français. On a dit de lui qu'il avait été un grand honnête homme plutôt qu'un homme d'énergie, et que ce manque de caractère avait diminué son influence.

59. Obstacles à la codification. — Sauf quelques matières unifiées par les ordonnances de Colbert et de d'Aguesseau (1), le droit privé de la France restait ce qu'il avait été au xve siècle avant la rédaction des coutumes : divisé et morcelé à l'excès ; selon le mot de Voltaire, on changeait de lois en voyageant aussi souvent que de chevaux. Jamais on ne vit se produire sous l'ancien régime de tentative sérieuse pour unifier le droit français ; la royauté ne s'intéressait guère à la codification, et il aurait fallu plus de temps et plus d'énergie que les chanceliers et les ministres n'en pouvaient mettre pour y réussir. L'obstacle venait des *traditions locales* et de *l'esprit de résistance des provinces.* Laurent a remarqué avec raison (t. I, n° 2) qu'à défaut d'indépendance et de liberté politique, les provinces tenaient à leurs coutumes comme à des privilèges. Les Parlements provinciaux, gardiens naturels de ce droit local, repoussaient avec énergie toute innovation. Dans certaines régions, en Bretagne par exemple, la moindre réforme apparaissait comme une violation des traités sous la foi desquels s'est faite la réunion à la couronne. Il fallut porter la main sur les Parlements eux-mêmes, et ce fut le commencement de la Révolution qui emporta toutes les institutions monarchiques.

CHAPITRE III

RÉNOVATION DU DROIT FRANÇAIS PENDANT LA RÉVOLUTION ET L'EMPIRE

§ 1. — *Œuvre de la Révolution.*

A. — Généralités.

60. Définition et importance de la période intermédiaire. — L'œuvre législative de la Révolution, qui est considérable, forme, entre l'ancien droit et le droit moderne,

1708). — Sur l'œuvre de Lamoignon, voyez VIOLLET, *op. cit.*, p. 217-222, et les auteurs qu'il cite.

(1) Il est à remarquer toutefois que l'ordonnance de 1735, sur les testaments, afin de ne pas bouleverser les habitudes des populations, respecta la division de la France en pays de coutume et pays de droit écrit. Elle n'établissait donc pas un droit unique.

une transition que l'on désigne sour le nom de *droit intermédiaire* ou *période intermédiaire*.

Cette législation est généralement très peu connue, tour à tour admirée de confiance ou dénigrée de parti pris. Elle a été étudiée dans son ensemble par M. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898.

61. Ses limites. — On peut donner des limites précises à cette période ; elle commence le 17 juin 1789, jour où les États généraux se transforment en Assemblée nationale et s'attribuent la puissance souveraine ; elle finit le 30 ventôse an XII (21 mars 1804), jour de la promulgation du Code civil, qui ouvre l'ère moderne.

62. Son caractère dominant. — La Révolution a été surtout inspirée par la haine de la féodalité, non pas de la féodalité politique, que les rois avaient détruite depuis longtemps, mais de la *féodalité civile*, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'usages nés de la féodalité dans les relations entre particuliers, et qui avaient survécu au régime politique dont ils étaient issus. De l'organisation féodale, il ne restait plus que des *privilèges*, au profit de certaines terres et de certaines personnes, en petit nombre dans la nation : on ne voyait plus la raison de ces privilèges, qui avait disparu ; par suite ils blessaient le sentiment de l'égalité, qui est si fort chez les Français (1).

L'abolition des droits féodaux fut donc la première œuvre de la Révolution : ce fut l'affaire de la *nuit du 4 août* ; des lois assez nombreuses furent rendues dans la suite pour assurer l'exécution du décret de principe voté dans cette nuit célèbre. Voyez ci-dessous, n°s 951 et 952.

Il est bon de signaler à cette occasion l'aveuglement des hommes d'État français qui, peu d'années avant la Révolution, faisaient condamner au feu par le Parlement de Paris la brochure de Boncerf sur les *inconvénients des droits féodaux* (1776), dans le même temps où un monarque voisin, le roi de Sardaigne, réalisait pacifiquement une réforme qui, faite chez nous avec méthode, pouvait sauver la royauté. Voyez ci-dessous, n° 1024.

63. Ses résultats principaux. — Quand la Révolution fut terminée, ce qui se trouva changé en France, ce fut surtout le droit public et politique, dont nous n'avons pas à nous occuper. Dans le droit privé, les principaux progrès réalisés par le droit intermédiaire furent la protection de la *liberté individuelle* et le respect de la *propriété individuelle*, mieux garanties l'une et l'autre que sous l'ancien régime. Mais il est juste d'ajouter que les occasions où ces droits furent jadis violés ont été plus retentissantes que nombreuses, et que les garanties qui leur sont actuellement accordées sont plus apparentes que réelles (2).

On peut encore citer l'*égalité des personnes*, entraînant à sa suite l'*égalité des terres*. Toute trace de privilèges a disparu : les Français sont depuis 1789 confondus en une classe unique sous le nom de citoyens.

B. — Œuvre successive des diverses Assemblées.

1° L'Assemblée constituante (17 juin 1789-30 sept. 1791.)

64. Réformes administratives. — Cette assemblée s'occupa activement de la nouvelle organisation qu'il fallait donner à la France.

En droit public la réforme qui sert de base aux autres est la suppression des anciennes divisions territoriales, d'ordre administratif, judiciaire, financier (*provinces*, *bailliages*, *généralités*), qui furent remplacées par la division en *départements* (L. 22 déc. 1789 ; L. 26 févr.-4 mars 1790).

(1) Une chose tout à fait remarquable c'est que la haine contre les institutions du moyen âge a surtout éclaté en France, région où la féodalité était aux trois quarts détruite déjà, et non dans les contrées où ces institutions, mieux conservées, faisaient encore sentir au peuple toute leur rigueur, comme en Allemagne et en Angleterre. Tocqueville en avait fait l'observation (*L'ancien régime et la Révolution*, 2e édit., p. 57). Sur l'explication d'un fait aussi surprenant, voyez ROBERT BEUDANT, *La transformation de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, p. 125 et suiv.

(2) Voyez ci-dessous, n°s 156, 959 et 2626. Voyez aussi Lyon, 28 janvier 1904, D. 1904. 2. 321 et la note. Comp. BENJAMIN CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, 2e édit., 1872, t. I, p. 351-356 ; CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, p. 166-167.

65. Réformes judiciaires. — L'ancienne magistrature fut détruite. Les parlements furent « envoyés en vacances », mais ces vacances étaient « indéfinies », et ils n'en sont jamais revenus. A leur place, on créa des *tribunaux de district* qui sont devenus nos tribunaux civils d'arrondissement. L'institution du jury criminel fut décrétée le 30 avril 1790. La création du tribunal de cassation fut décidée le 12 août 1790. Son organisation est du 27 nov.-1er déc. 1790.

Mais à cette époque les charges de magistrature étaient électives (Décr. 5 mai 1790). L'organisation judiciaire fit l'objet de la grande loi des 16-24 août 1790, qui renferme le principe de la *séparation des pouvoirs*. Ce principe avait été formulé au XVIIIe siècle par Montesquieu : « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition même des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » (*Esprit des lois*, XI, chap. IV). Ce n'est pas tout à fait ce qu'a fait la Constituante. Voici en quels termes la loi du 24 août 1790 s'exprime : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (Tit. II, art. 13). Ainsi comprise, la séparation des pouvoirs se réduit à affranchir l'administration du contrôle de l'autorité judiciaire, qui est pourtant la meilleure sauvegarde des droits des citoyens.

66. Constitution politique et religieuse. — L'Assemblée constituante vota la première *constitution* écrite de la France, celle des 3-14 septembre 1791, précédée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Rappelons pour mémoire sa *constitution civile du clergé* qui échoua (L. 12 juill.-24 août 1790). L'Assemblée vota, en outre, un grand nombre de lois de droit public sur les matières les plus diverses.

67. Réformes concernant le droit privé. — L'Assemblée constituante songea à codifier les lois de la France. Elle décida, le 5 octobre 1790, que les lois civiles seraient revues et réformées ; qu'il serait fait un *code général*, commun à tout le royaume, de lois simples, claires, appropriées à la Constitution. La promesse fut renouvelée dans la Constitution de 1791. Cependant l'Assemblée n'eut pas le loisir de s'occuper elle-même de la préparation de ce code.

Elle vota seulement des *lois particulières*, qui peuvent se ramener presque toutes à deux réformes principales.

La première est l'*affranchissement du sol* et la *réorganisation de la propriété*. La féodalité avait surchargé la terre de droits de toutes sortes, cens, rentes, champarts, etc. ; le droit de propriété, jadis simple et unique, s'était démembré, partagé en *domaine utile* et *domaine direct* ou *éminent;* des droits inaliénables et irrachetables se rencontraient partout ; des facultés de *retrait* gênaient la circulation des biens. L'Assemblée constituante fit table rase de tous ces droits enchevêtrés (1) ; la propriété affranchie, dégrevée, redevint pleine et libre, comme l'était le *dominium* romain, et cette notion simple est si bien entrée dans notre esprit que nous avons aujourd'hui quelque peine à concevoir l'état de choses antérieur à 1789.

La seconde réforme fut l'introduction du *principe d'égalité dans le règlement des successions*. La manière dont sont réglées les successions des particuliers influe directement sur l'état politique d'un peuple. L'esprit nobiliaire et aristocratique de l'ancienne France avait surtout pour appui la loi successorale. Les maisons nobles, que n'alimentaient ni le commerce ni l'industrie, ne maintenaient leur fortune que par les *privilèges de masculinité et d'aînesse*, qui réduisaient les cadets de famille à entrer dans les ordres ou à prendre la carrière des armes. La Constituante, pour amener le morcellement des grandes propriétés, supprima le droit d'aînesse et tous les autres privilèges successoraux et proclama le principe du *partage égal* entre les enfants (Décr. 8 avril 1791).

On peut encore citer, parmi les réformes de l'Assemblée constituante, la liberté du prêt

(1) Aux décrets du 4 août déjà signalés, qui supprimèrent les droits féodaux, joignez ceux-ci : Rachat des rentes foncières, 18-29 déc. 1790 ; abolition des droits de retrait lignager et autres, 19-23 juill. 1790 ; comp. 13-18 juin 1790.

à intérêt (3-12 oct. 1789); la liberté du droit de chasse, rendu aux propriétaires sur leurs terres (28-30 avril 1790); l'abolition du droit d'aubaine (6-18 août 1790); la création des brevets d'invention (31 déc. 1790-7 janv. 1791); enfin le *code rural* (28 sept.-6 oct. 1791).

2° L'Assemblée législative (30 sept. 1791-21 sept. 1792).

68. Ses principales lois. — Quinze jours après son installation, elle engagea tous les citoyens, et même les étrangers, à lui communiquer leurs vues sur le futur code, mais sa carrière fut si courte et si agitée qu'elle n'eut pas le temps d'y travailler. Quand l'Assemblée se sépara le 21 septembre 1792, elle n'avait pas siégé tout à fait un an. Elle avait cependant voté quelques lois remarquables : Institution de l'*adoption* (18 janvier 1792). Abolition des *substitutions* (25 août 1792). Fixation de la *majorité* à 21 ans et suppression de la *puissance paternelle* sur les majeurs (28 août 1792). Organisation de l'*état civil* (20 sept. 1792), réforme qui a « sécularisé » le *mariage*, considéré depuis lors par la loi civile comme un simple contrat. Institution du *divorce* (autre loi du 20 sept. 1792).

3° La Convention (21 sept. 1792-26 oct. 1795).

69. Lois diverses. — Au milieu des tempêtes qui l'assaillirent, malgré ses désordres et ses violences, la Convention a trouvé le temps de voter un nombre assez considérable de lois relatives au droit privé. Citons entre autres :

1° Une loi du 17 nivôse an II (6 janv. 1794), *sur les successions*. Par cette loi célèbre, les conventionnels cherchèrent surtout à attacher les générations nouvelles à l'ordre de choses créé par la Révolution, et ils y réussirent en faisant arriver de préférence les biens des familles aux membres les plus jeunes (1). On peut signaler aussi comme se rattachant à la matière des successions le décret du 5 brumaire an II (26 oct. 1793), sur les clauses contraires aux lois insérées dans les donations et les legs, et le décret du 12 brumaire an II (2 nov. 1793) sur les droits successifs des enfants naturels, mis sur le même pied que les enfants légitimes.

2° Une loi *sur les hypothèques* du 9 messidor an III (27 juin 1795), dite *Code hypothécaire*. Bien qu'elle ait été mal conçue dans ses détails et qu'elle présente des vices d'organisation, qui en ont paralysé l'exécution, cette loi est fort remarquable : elle contenait des idées excellentes sur le régime hypothécaire, et son innovation la plus hardie, la création des *cédules hypothécaires*, a été reprise et imitée en différents pays.

3° La loi du 3 brumaire an IV, dite *Code des délits et des peines*, long texte de 646 articles, qui remplaça les deux codes votés sur le même sujet par l'Assemblée constituante en 1791.

70. Le premier projet de Code. — La Convention songea à rédiger le Code civil. Elle donna à son comité de législation l'ordre extraordinaire de lui présenter un projet dans le délai d'un mois, et ce qui est plus extraordinaire encore, elle fut obéie : au mois d'août 1795, Cambacérès, au nom de ce comité, lui présenta un projet de Code civil. Ce projet est remarquable par son excessif laconisme : un seul article pour les actes de l'état civil; un seul pour le domicile, et le reste à proportion. L'ensemble formait 695 articles (Fenet, t. I, p. 17). Un tel code eût été bien dangereux, car une foule de points importants n'étaient pas réglés, et les juges se seraient trouvés sans direction et sans frein.

Ce système avait d'ailleurs été employé volontairement. Les membres de la Convention professaient un profond mépris pour le droit romain et le droit coutumier, qu'ils traitaient de législations barbares et corrompues. On voulait, disait Barrère, réaliser le rêve des philosophes, et faire des lois simples, démocratiques, accessibles à tous les citoyens.

Outre ce défaut, qui tenait à sa forme, le projet de Cambacérès en avait un autre : il était inspiré par les idées du jour. Cependant la Convention ne le trouva pas assez révolutionnaire à son gré; elle le rejeta, et décida de nommer une commission de philosophes, chargée de rédiger un nouveau projet, plus conforme à son propre esprit (Décr. 3 nov. 1793 : Sirey, *Lois*

(1) Sur la façon dont on s'y prit pour favoriser les jeunes générations, voyez Vallier, *Fondement du droit successoral*, thèse, Paris, 1902, § 269.

annotées, t. I, p. 273). Heureusement les événements détournèrent son attention et on n'entendit plus parler de cette combinaison.

71. Second projet de Code civil. — Dans la seconde période de la Convention, après la chute de Robespierre, Cambacérès déposa un deuxième projet, le 23 fructidor an II, qui fut mis en discussion ; quelques articles furent même votés, mais on en resta là. Ce second projet était plus bref encore que le premier ; il comptait seulement 297 articles, tous d'une rédaction très laconique. Voyez le texte dans FENET, t. I, p. 110.

4° Le Directoire (27 oct. 1795-9 nov. 1799).

72. Correction des lois révolutionnaires. — Malgré sa corruption et son impuissance, le Directoire exerça une influence heureuse sur la législation civile. Il réforma plusieurs des dispositions excessives ou fâcheuses de l'Assemblée législative et de la Convention. Ainsi le divorce, que l'Assemblée législative avait admis avec une facilité trop grande, fut réglementé plus sévèrement (L. 1er jour complémentaire an V-17 sept. 1797) ; la contrainte par corps fut rétablie afin d'assurer l'exécution des obligations (24 ventôse an IV, 4 germinal et 4 floréal an VI) ; les droits successoraux des enfants naturels furent restreints et la rétroactivité retirée à la loi qui les leur avait conférés (15 thermidor an IV-5 août 1796) ; les difficultés que faisaient naître les lois successorales de la Convention furent résolues et atténuées (18 pluviôse an V-6 février 1797) ; etc.

73. Lois nouvelles. — Le Directoire entreprit aussi des réformes originales. Les deux principales sont :

1° La loi du 11 brumaire an VII qui organisait la *transcription* (publicité pour les aliénations d'immeubles), mesure excellente que le Code civil eut le tort d'abandonner et qu'il a fallu rétablir (L. 23 mars 1855).

2° La loi du 22 frimaire an VII sur l'*enregistrement* et les droits de mutation, qui est encore en vigueur.

74. Troisième projet de Cambacérès. — Enfin le Directoire s'occupa à son tour du *Code civil*. Un projet fut déposé par Cambacérès au conseil des Cinq-Cents, le 24 prairial an IV. Ce projet ne put être mis en discussion, à cause de l'état politique des partis dans les deux assemblées.

§ 2. — *Confection du Code civil sous le Consulat.*

75. La commission de rédaction. — Ce que ni l'ancienne Monarchie ni la Révolution n'avaient pu faire, l'ambition d'un seul homme l'exécuta (1). Bonaparte, devenu Premier Consul et maître tout-puissant de l'État, forma le projet de donner à la France ce Code civil qu'on lui promettait vainement depuis si longtemps, et il sut y réussir.

Dès le 24 thermidor an VIII (13 août 1800), il nomma une commission de quatre membres, chargée de rédiger le projet. Ces quatre membres étaient :

TRONCHET, président du tribunal de cassation ;

BIGOT DU PRÉAMENEU (2), commissaire du gouvernement près le même tribunal ;

PORTALIS, commissaire du gouvernement près le tribunal des prises ;

MALLEVILLE, juge au tribunal de cassation.

La commission se réunissait chez le président Tronchet : elle se partageait les matières,

(1) Dans le court intervalle qui sépara la suppression du Directoire (19 brumaire an VIII) de l'organisation du Consulat (22 frimaire an VIII) un *quatrième projet* de Code civil fut déposé, cette fois, par JACQUEMINOT. Mais ce projet, qui semble avoir été destiné seulement à satisfaire l'opinion publique, ne fut même pas examiné. Celui qui a réussi sous le Consulat était donc le *cinquième* en date.

(2) Telle paraît être la forme exacte de son nom, et non *de* Préameneu. La particule, supprimée pendant la Révolution, a été altérée quand on la lui a rendue.

chaque membre était chargé de rédiger une partie ; au bout de quatre mois le projet était achevé. C'est ce projet préparé par les quatre membres de la commission qu'on appelle le *Projet de l'an VIII*. Il a été imprimé par Fenet (ci-dessous, nº 83), et diffère notablement du projet définitif qui fut soumis au Tribunat en 1801.

76. Observations des tribunaux. — Ce projet fut communiqué au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel, dont les observations furent souvent remarquables, surtout celles du tribunal de cassation, et contribuèrent utilement à la préparation du texte. Les tribunaux envoyèrent rapidement leurs observations ; on savait que Bonaparte voulait aller vite et on se hâtait pour lui plaire, si bien que la discussion du Code put commencer la même année devant les pouvoirs publics.

77. Organisation législative de l'an VIII. — Quelques détails sont nécessaires pour faire comprendre les incidents qui se produisirent. La constitution en vigueur était celle du 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), qui avait organisé le Consulat, et qui subsista, sauf quelques modifications (1), pendant tout l'Empire. Le pouvoir législatif était réparti entre quatre corps différents : le Conseil d'État, le Tribunat, le Corps législatif, le Sénat conservateur.

1º Le *Conseil d'État*, composé de 80 membres nommés par le Premier Consul et divisé en cinq sections : législation, intérieur, finances, guerre et marine. Ce conseil était chargé de discuter les projets de loi, qui étaient d'abord préparés par la section compétente (ordinairement la section de législation), puis étudiés dans l'assemblée générale du conseil, laquelle ne pouvait être convoquée que par le Premier Consul et était d'habitude présidée par lui. — Le Conseil d'État n'avait pas à voter la loi ; le projet préparé par lui était envoyé au Premier Consul qui, ayant en mains un texte bien étudié, pouvait le proposer à l'Assemblée législative ou l'abandonner : lui seul avait *l'initiative des lois*. Quand il voulait ainsi faire présenter une loi, le Premier Consul désignait trois conseillers d'État comme commissaires chargés de défendre le projet devant le Corps législatif ; le premier commissaire nommé rédigeait l'*Exposé des motifs*.

2º Le *Tribunat* était composé de 100 membres nommés par le Sénat. Il discutait les projets de lois préparés par le Conseil d'État et présentés par le gouvernement, mais il ne les votait pas, lui non plus, il ne pouvait même pas proposer un amendement ; il se bornait à émettre un vœu sur l'ensemble, favorable ou défavorable, et chargeait trois commissaires de défendre son opinion devant le Corps législatif.

3º Le *Corps législatif* comptait 300 membres, choisis par le Sénat sur des listes proposées par un corps électoral tout spécial. C'était lui qui votait les lois, mais il ne les discutait pas. Elles étaient discutées devant lui contradictoirement par les trois commissaires du gouvernement (conseillers d'État) et par trois délégués du Tribunat. Ce rôle bizarre l'avait fait surnommer le « Corps des muets ». Il n'avait d'ailleurs aucun droit d'amendement ; il ne pouvait que rejeter ou adopter en bloc le projet en discussion.

4º Le *Sénat conservateur* se composait de 80 membres inamovibles se recrutant eux-mêmes. Il ne participait pas à la confection de la loi ; il était seulement chargé de veiller au maintien de la Constitution en annulant les actes inconstitutionnels qui pouvaient lui être déférés par le Tribunat.

78. Critiques du Tribunat. — Tel est le mécanisme compliqué au moyen duquel le Code civil fut voté, mais non sans heurt et sans effort, car des incidents graves se produisirent qui faillirent tout faire échouer. Le Tribunat comptait dans ses rangs de nombreux représentants de la Révolution qui faisaient une guerre continuelle à tous les projets du Premier Consul. Naturellement, quand le projet de Code lui arriva, ce fut un concert de critiques. Ils lui reprochaient de n'être qu'une copie servile du droit romain et du droit coutumier ; c'était une compilation plate, sans originalité, fastueusement décorée du nom de « Code civil des Français ». — Portalis répondait avec bon sens qu'il ne s'agissait pas d'être

(1) Les consuls furent remplacés par un empereur ; le Tribunat qui portait ombrage à l'empereur, bien qu'il n'eût qu'un rôle délibérant et pas de pouvoir effectif, fut supprimé en 1807.

original, mais d'être clair, attendu que la législation qu'on avait à faire ne s'adressait pas à un peuple nouveau, mais à une société vieille de plus de dix siècles et qui, malgré la Révolution, avait conservé beaucoup de ses habitudes et de son ancien esprit.

79. Échec et retrait du projet. — Les républicains du Tribunat discutaient donc le Code civil avec l'intention d'être aussi désagréables que possible au Premier Consul. Le Corps législatif avait déjà rejeté le premier titre, et sur l'instance du Tribunat, il allait encore rejeter le second, après une discussion orageuse, lorsqu'arriva un message du Premier Consul ainsi conçu : « Législateurs, le gouvernement a arrêté de retirer les projets de loi du Code civil. C'est avec peine qu'il se trouve obligé de remettre à une autre époque les lois attendues avec intérêt par la nation, mais il s'est convaincu que le temps n'est pas venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent » (13 niv. an X-3 janv. 1802. — Voyez Fenet, t. VI, p. 338 ; t. VII, p. 590-591). — En retirant les projets le gouvernement voulait, comme le disait Portalis, « mettre le Tribunat à la diète ».

80. La réforme du Tribunat et la communication officieuse. — La discussion était suspendue ; c'était ce que voulait le Tribunat, mais cela ne faisait guère l'affaire de Bonaparte. Pour arriver à son but et reprendre la discussion avec certitude d'aboutir, il fit une sorte de coup d'État. Il mit le Tribunat hors d'état de lui nuire en éliminant ceux de ses membres qui lui étaient hostiles ; un sénatus-consulte du 16 thermidor an X réduisit le Tribunat à 50 membres, et naturellement Bonaparte n'en fit pas sortir ses amis. Pour l'affaiblir encore plus, on le divisa en trois sections : législation, intérieur, finances. De la sorte il devenait facile d'obtenir un avis favorable.

Par surcroît de précaution, on imagina de savoir l'avis du Tribunat avant la discussion publique. Voici comment : le Conseil d'État communiquait au Tribunat « à titre officieux et confidentiel » le projet élaboré par lui ; le Tribunat l'étudiait, disait ce qu'il en pensait ; puis le projet revenait au Conseil d'État, qui pouvait tenir compte des observations et des critiques du Tribunat. Au besoin, s'il y avait quelque difficulté, la section de législation du Conseil se mettait en rapport direct avec la commission du Tribunat jusqu'à ce que l'on fût tombé d'accord. — Ce fut ce qu'on appela la *communication officieuse*.

Quand le Conseil d'État et le Tribunat s'étaient entendus, le projet était envoyé au Corps législatif par le Conseil d'État, et le Corps législatif le transmettait au Tribunat, conformément à la Constitution : c'était la *communication officielle*. — Dans ces conditions la discussion publique devant le Corps législatif, par les orateurs du Conseil d'État et du Tribunat, n'était plus une épreuve à redouter ; ce n'était qu'une formalité.

Grâce à ce coup d'État, doublé du stratagème de la communication officieuse, le Code civil put enfin être voté.

81. Promulgation du Code. — Le Code civil se compose de 36 lois, qui ont été votées et mises en vigueur l'une après l'autre depuis le mois de mars 1803 jusqu'en mars 1804. Elles ont été ensuite réunies en un seul code, contenant 2 281 articles, sous le nom de « Code civil des Français », par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), qui donne la date définitive de l'achèvement du Code.

****82. Abrogation de l'ancien droit.** — La loi du 30 ventôse an XII, qui a réuni les 36 lois du Code civil en un seul corps, contient, dans son article 7, une disposition ainsi conçue : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires (1), les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. » Quel est le sens de cette disposition? Si cet article n'existait pas, l'ancien droit serait abrogé *tacitement*, c'est-à-dire dans les cas seulement où les textes du Code sont en contradiction avec lui ; il subsisterait sur tous les points où les règles anciennes seraient compatibles avec le droit nouveau. Ces points seraient peut-être nombreux, et par suite on retrouverait encore, conservée en partie jusqu'à nous, la diversité juridique des anciennes

(1) Chacune d'elles était déjà devenue exécutoire en vertu de la promulgation particulière qui en avait été faite ; la loi du 30 ventôse en ordonne seulement la réunion en y joignant quelques dispositions supplémentaires.

provinces. Or c'était précisément cette diversité qu'on voulait faire disparaître, pour établir l'unité de législation. Ainsi s'explique cet article 7 prononçant, *d'une manière expresse, l'abrogation en masse de tout l'ancien droit.*

Il ne faut pas toutefois s'en exagérer la portée. *Deux restrictions* doivent être faites pour préciser les limites de l'abrogation générale de notre vieux droit.

1° L'article 7 ne s'applique qu'à l'*ancien droit* et non au *droit intermédiaire* établi depuis le mois de juin 1789. Celui-ci subsiste en principe (1), sauf l'effet inévitable de l'abrogation tacite, en cas de contrariété entre ses dispositions et celles du Code. Un grand nombre de dispositions du droit intermédiaire ont ainsi disparu devant le droit nouveau, notamment le régime successoral et le régime hypothécaire. En revanche, un certain nombre des dispositions du Code rural de 1791 ont été transportées dans le Code civil.

2° *L'ancien droit lui-même n'est abrogé que pour les matières dont le Code s'est occupé.* Par conséquent, s'il existe une matière de droit privé dont il n'est point traité dans le Code, on peut se reporter à l'ancien droit, à moins qu'il n'y ait eu dans le droit intermédiaire une loi réglant à nouveau la question. Encore faudrait-il voir si les règles anciennes sont compatibles avec les dispositions générales du Code, sans quoi elles se trouveraient abrogées tacitement (2).

83. Bibliographie des travaux préparatoires. — Les deux recueils les plus usuels sont Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires* (1827-1828, 15 vol. in-8°) et Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France* (1827-1832, 31 vol. in-8°). Dans ce recueil les 16 premiers volumes seulement concernent le Code Napoléon ; Locré a omis les observations des tribunaux, publiées par Fenet. On peut consulter aussi Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 1804-1805, 4 vol. ; 3e édit., 1822, et Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, publiés par son petit-fils en 1845. Les *procès-verbaux du Conseil d'État* avaient été publiés officiellement, mais d'une manière incomplète (Paris, an X-XII, 5 vol. in-4°). Une autre publication, moins complète que celles de Fenet et de Locré, avait été faite sous l'Empire par Favard de Langlade (1804-1820, 10 vol. in-12 ; 4e édit., 1838).

84. Éditions du Code. — 1° Éditions officielles. Le Code civil a eu trois éditions officielles. La première a été faite lors de sa promulgation, en vertu de la loi du 30 ventôse an XII.

La seconde a été ordonnée par la loi du 3 septembre 1807. On voulut alors mettre la rédaction du Code en harmonie avec le régime impérial qui avait succédé au Consulat. Les mots *Consul, République, Nation*, furent remplacés par ceux d'*Empereur, Empire, État.* On fit en outre deux modifications : 1° on supprima l'art. 2261, qui appliquait le calendrier révolutionnaire au calcul de la prescription, et on le remplaça par un alinéa détaché de l'art. 2260 ; 2° on ajouta à l'art. 896 un alinéa autorisant la constitution des majorats.

En 1816, il a été publié une troisième édition officielle, qui est la dernière. De là les mots : *le roi, le royaume, procureur du roi*, qu'on y rencontre en maint article. Ces changements de mots n'ont aucune importance juridique : le lecteur fait lui-même la rectification nécessaire, selon le régime politique du jour.

2° Éditions privées. Toutes les autres éditions du Code sont des éditions purement privées. Il y en a de trois sortes.

a. — Format de poche. — Les plus usuelles sont celles de Tripier, qui donne en note les textes correspondants de l'ancien droit, de Rivière et de Carpentier qui contiennent les

(1) Comme exemple de lois antérieures au Code civil non abrogées par lui, on peut citer la loi du 30 mai-7 juin 1791, sanctionnée le 6 août, sur les *domaines congéables*, genre de tenure propre aux trois départements bas-bretons. Cette loi consacre des dérogations très remarquables aux usages communs de la France. Elle est régulièrement omise dans les recueils usuels des lois actuellement en vigueur.

(2) D'une façon générale, pour les textes de l'ancien droit restés en vigueur, voir Paillet, *Manuel complémentaires des Codes français*, 1845, 2 vol. in-8°. Comp. Crim. Cass., 11 juill. 1884, D. 85. 1. 333. — Sur l'autorité de la tradition depuis la codification, voyez Gény, n° 142, et spécialement, p. 408, à propos de la règle « Nul en France ne plaide par procureur ».

citations de jurisprudence. Depuis 1901, l'administration du Dalloz fait paraître un petit *Code civil* dans lequel sont entremêlées les principales lois qui s'y rapportent.

b. — *Grand format.* — On ne trouve plus en ce genre que le *Code Rivière* et le *Code Carpentier*, tous deux fort bien faits. Le *Code Tripier*, qui s'est longtemps vendu sous la forme d'un gros volume in-8°, a cessé de paraître dans ce format en 1902.

c. — *Grandes éditions annotées.* — Il existe enfin de *grandes éditions annotées* du Code, entreprises par nos Recueils de jurisprudence, qui sont de véritables répertoires d'arrêts mis dans l'ordre du Code et placés sous les articles correspondants. *Le Code civil annoté* du Dalloz forme 5 volumes in-4° (seconde édition, 1900-1905 ; la première édition en 3 volumes datait de 1873-1875) ; celui du Sirey, 4 vol. in-8°, refondus par M. Jean Sirey (1892). M. Fuzier Hermann a publié aussi un *Code civil annoté* en 4 volumes in-4° (1881-1898), avec un supplément.

85. Noms successifs du Code. — Le Code civil a plusieurs fois changé de nom. On le publia d'abord sous le nom de *Code civil des Français.* La loi du 9 septembre 1807 lui donna le titre de *Code Napoléon.* Les chartes de 1814 et de 1830 lui rendirent sa dénomination primitive. Un décret du 27 mars 1852 rétablit le titre de *Code Napoléon*, « pour rendre hommage à la vérité historique », disait l'auteur du décret. Ce décret n'a jamais été abrogé. Cependant depuis 1870 un usage universellement admis, et qui prend exemple sur le gouvernement lui-même, n'emploie plus que le nom de *Code civil.* Dans la séance du 18 mai 1872, une proposition fut faite à l'Assemblée nationale pour lui rendre officiellement ce nom. Elle fut écartée, sous prétexte que c'était déjà chose faite dans l'usage ; peut-être quelques-uns eurent-ils alors l'arrière-pensée que, le décret de 1852 n'étant pas rapporté, on pourrait un jour en obtenir l'observation, si les circonstances le permettaient. Actuellement l'expression « Code Napoléon » est commode pour désigner l'état primitif du Code, par opposition à sa forme actuelle, qui est sensiblement différente, grâce aux nombreuses réformes partielles qui ont modifié, ajouté ou supprimé beaucoup d'articles ou d'alinéas.

86. Extension du Code civil aux colonies françaises. — Le Code de la métropole a été introduit successivement dans la plupart de nos colonies : à la Réunion, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Guyane en 1805 et 1806 ; dans nos établissements de l'Inde en 1819 ; au Sénégal en 1830 ; en Cochinchine en 1864 ; à la Nouvelle-Calédonie en 1866 ; à Taïti en 1868 ; dans le Cambodge et l'Annam en 1881 ; au Tonkin en 1888 et 1890 ; à Madagascar en 1896.

La législation française a été introduite en 1830 en Algérie par droit de conquête.

§ 3. — *Appréciation critique du Code civil.*

87. Son plan. — Suivant une vieille habitude, qui remonte aux codes romains, les codes modernes sont divisés en *livres*, et les livres sont subdivisés en *titres.* Chaque titre a pour objet une matière spéciale : le mariage, la puissance paternelle, les successions, la vente, etc.

Le Code français comprend un titre préliminaire et trois livres.

Le *titre préliminaire* compte six articles seulement. Ce sont des dispositions générales sur les lois, leur mise en vigueur et leur application. Ces six articles sont les débris d'un ensemble beaucoup plus considérable que Portalis avait placé en tête du Code pour lui servir de préface, et qui formait un livre entier composé de six titres. On l'a presque entièrement supprimé, ne conservant que 6 articles sur 39, parce que la plupart contenaient des opinions doctrinales ou des affirmations philosophiques plutôt que des décisions législatives.

Le livre 1er est intitulé « *Des Personnes* » et comprend les art. 7 à 515 (509 articles). Il s'occupe de la distinction des Français et des étrangers, de la condition des étrangers en France ; des actes de l'état civil ; du domicile. Viennent ensuite le mariage, le divorce et la séparation de corps, la filiation, la puissance paternelle, la tutelle, l'émancipation, l'interdiction et le conseil judiciaire.

Le livre II (195 articles), de l'article 516 à l'article 710, s'occupe « *Des Biens* », de leurs classifications diverses, du droit de propriété, de l'usufruit et des servitudes.

Le livre III est, à lui tout seul, plus de deux fois aussi long que les autres réunis ; il compte en effet 1 571 articles (art. 711 à 2281). Son titre est assez vague : « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.* » Il contient, en réalité sept grandes matières : les successions, les donations et testaments, la théorie générale des obligations, les règles propres aux contrats spéciaux, les régimes matrimoniaux, les privilèges et hypothèques, la prescription. L'entassement de toutes ces matières hétérogènes dans un livre unique est peu logique ; du reste la division en livres est inutile ; une seule série de titres serait plus simple et permettrait toutes les additions qui deviendraient nécessaires.

88. Ses sources. — Les sources qui ont été utilisées pour former le Code civil sont très diverses. Les principales sont : *les coutumes*, surtout celle de Paris, le *droit romain*, les *ordonnances royales*, les *lois de la Révolution.*

Le droit coutumier a fourni la plupart des dispositions sur l'*incapacité des femmes mariées*, la *puissance maritale*, la *communauté de biens entre époux*, et nombre de règles des *successions.*

Le droit romain a servi surtout pour le régime de la *propriété*, les *règles générales des obligations*, celles *de quelques contrats*, le *régime dotal.*

Les ordonnances royales ont été conservées surtout pour les actes de l'*état civil* (ord. d'avril 1667), pour les *donations*, les *testaments*, et les *substitutions* (ord. de d'Aguesseau de 1731, 1735 et 1747), pour la *preuve* (ord. de Moulins, de 1566, et ord. d'avril 1667) et pour la *purge des hypothèques* (édit de 1771).

Les lois de la Révolution ont été maintenues principalement pour la fixation de la *majorité*, pour le *mariage* et pour le *régime hypothécaire.*

A ces quatre sources, qui furent les plus abondantes, il faut en ajouter deux autres secondaires :

La *jurisprudence des anciens parlements*, qui a fourni tout le titre de l'*absence* et qui a fortement influé sur certaines parties du droit romain, par exemple sur le régime dotal modifié par l'adjonction d'une *société d'acquêts* ;

Le *droit canonique*, auquel on a emprunté plusieurs des règles du *mariage* et de la *légitimation.* Voir D'ESPINAY, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, Paris, 1857.

Pour plus de détails, voir DARD, *Conférence du Code civil avec les lois anciennes*, 4e édit., 1827 ; DUFOUR, *Code civil avec toutes les sources où ses dispositions ont été puisées*, Paris, 1806, 4 vol. in-8°.

***89. Prédominance des origines coutumières.** — Deux courants se sont trouvés en présence lors de l'unification du droit français : l'esprit romain et les traditions coutumières. Ce sont ces dernières qui l'ont emporté. Le Code a été rédigé à Paris, en plein pays coutumier ; les conseillers d'État appartenaient en majorité aux provinces septentrionales ; le parlement de Paris avait eu dans l'ancien droit un rôle prépondérant. Il n'y a donc rien d'étonnant à voir l'esprit des coutumes prédominer dans le Code ; le contraire eût été un non-sens historique ; mais l'esprit coutumier y est fortement atténué par le droit romain d'une part, par les idées révolutionnaires de l'autre. On ne peut signaler qu'un point grave, où le droit romain ait vaincu, et encore son maintien n'a pas été obtenu sans peine : c'est le régime dotal, qui s'est trouvé non seulement conservé, mais étendu à toute la France.

90. Les auteurs du Code. — Les deux principaux sont Portalis et Tronchet.

Portalis fut le philosophe de la commission : c'est lui qui a inspiré les principales doctrines du Code civil ; c'est lui qui fut choisi pour rédiger le *Discours préliminaire;* ses rapports peuvent être considérés comme les meilleurs. Peut-être a-t-il été trop vanté. Comme philosophe ce n'est certainement pas un esprit original ; il n'a pas dépassé la médiocrité, et son style, plein de la phraséologie du temps, a vite vieilli. Mais ce n'était pas un pur juriste ; c'était un homme éclairé, un esprit ouvert, d'une grande modération d'idées, et c'est de cela surtout que nous devons lui savoir gré. — Il défendit, de concert avec Malleville, les idées romaines, sans pouvoir réussir à les faire triompher contre les traditions coutumières, représentées par Tronchet et Bigot du Préameneu.

Tronchet était un homme d'un tout autre genre. Il avait vingt ans de plus que Portalis, étant né à Paris en 1726. C'était un jurisconsulte avant tout, un ancien avocat au parlement

de Paris, rompu aux affaires ; il avait été un des défenseurs de Louis XVI. Pour être moins visible, moins brillante que celle de Portalis, son influence n'en fut pas moins profonde. Le Premier Consul disait de lui qu'il avait été l'âme des discussions au Conseil d'État.

A côté d'eux, on trouve encore d'autres noms à citer : Cambacérès, qui s'était fait une spécialité de la confection des projets de Code civil sous la Convention et le Directoire et que sa dignité de second consul empêcha seule de faire partie de la commission de rédaction ; le conseiller d'État Treilhard, qui prit une part exceptionnelle aux discussions, et enfin Bonaparte lui-même, dont l'intervention personnelle mérite une mention spéciale.

Pour plus de détails sur le personnel législatif de cette époque, voir GUSTAVE BRESSOLLES, *Étude sur les rédacteurs du Code civil* (*Revue Wolowski*, 1852, t. 43, p. 357) ; EDM. DE BEAUVERGER, *Étude historique comparative sur la législation civile de la France* (Acad. des sciences morales, *Comptes rendus*, 1861, t. 61 et 62).

91. Rôle de Bonaparte. — Le premier Consul n'avait encore que 32 ans ; il était, et de beaucoup, le plus jeune de tous les collaborateurs ; de plus, c'était un militaire, et non un jurisconsulte ; il tenait cependant à se montrer le maître, là comme partout. Il se faisait prêter des livres qu'il parcourait hâtivement ; Tronchet et d'autres l'aidaient et retouchaient ses discours. Son rôle comme juriste fut naturellement assez effacé, mais il retrouvait sa supériorité dans la direction des débats, qu'il menait rondement. Il excellait à trancher d'un mot une discussion qui s'égarait ou devenait obscure. Ses expressions, ses plaisanteries étaient souvent vives, toutes militaires ; les procès-verbaux officiels ont fait disparaître toutes ces excentricités de langage, et lui prêtent un style décoloré, presque académique : mais on en retrouve des lambeaux pris sur le vif dans les mémoires du conseiller d'État THIBAUDEAU (*Mémoires sur le Consulat*, 1826 ; ouvrage devenu rare). — Comp. dans les Archives de GŒNNER une dissertation sur le rôle personnel de Napoléon dans la préparation du Code. Voir aussi THIERS, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. III ; E. JAC, *Bonaparte et le Code civil*, 1898.

L'influence personnelle de Bonaparte se retrouve en divers endroits du Code.

1° Il y fit introduire une réglementation assez détaillée sur l'*état civil des militaires* (art. 93-98) qui n'est certainement pas à sa place dans un Code civil et ferait mieux partie d'une loi sur l'administration de l'armée ; mais il avait constaté dans ses campagnes les lacunes de la législation et il saisissait une occasion d'y pourvoir. Ces dispositions ne figuraient pas dans le projet de l'an VIII.

2° Il se montra *hostile aux étrangers*, qu'il n'aimait pas ; en sa qualité de soldat, il ne voyait en eux que des ennemis. Sous son influence le Code civil, dans son état définitif, se montra d'une rigueur extrême, leur refusant en principe la jouissance des droits civils (art. 11), les déclarant incapables de succéder (art. 726) et de recevoir par donation ou legs (art. 912), alors que les dispositions correspondantes du projet de l'an VIII étaient beaucoup plus libérales (1). Ces dispositions excessives servirent à souhait l'opposition systématique du Tribunat et ce fut l'article 11 qui fit échouer le premier titre devant le Corps législatif. Bonaparte réussit néanmoins à le faire adopter, on a vu à quel prix et par quels moyens ; mais il a fallu depuis y renoncer et revenir à peu près au système du projet de l'an VIII.

3° Enfin ce fut Bonaparte qui fit admettre dans le Code deux institutions, l'*adoption* et le *divorce par consentement mutuel*. Il le fit par politique. N'ayant pas d'enfants de son mariage avec Joséphine Beauharnais, et songeant déjà à fonder une dynastie, il plaçait comme en réserve dans nos lois ce double moyen d'obtenir un héritier, soit par un autre mariage, soit par une adoption. Son divorce, suivi de son mariage avec Marie-Louise et de la naissance du roi de Rome, le dispensa de recourir au second moyen. Il paraît même qu'il empêcha la

(1) « Les étrangers jouissent en France de tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques qui les concernent » (Liv. I, tit. I, art. 5, du projet de l'an VIII). « L'étranger est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou français, possède dans le territoire de la République : il y succède de même concurremment avec les parents français » (*ibid.*, liv. III, tit. I, art. 21). La capacité de faire ou de recevoir des donations entre vifs était accordée à toutes les personnes capables, sans distinction entre les Français et les étrangers (*ibid.*, liv. III, t. IX, art. 15).

publication des procès-verbaux relatifs à l'adoption pour qu'on ne connût jamais les idées qu'il avait émises.

Sur quelques points son influence pourra paraître malheureuse ; mais qu'est cela au prix du reste? C'est sa volonté toute-puissante qui a été le levier soulevant tous les obstacles. C'est à son énergie, disons le mot, à son ambition que nous devons l'achèvement d'une œuvre si longtemps attendue, et que sans lui nous n'aurions peut-être pas encore. Aussi il tenait beaucoup à son titre de législateur. A Sainte-Hélène, il écrivait : « Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil » (De Montholon, *Récit de la captivité de l'empereur Napoléon*, t. I, p. 401).

92. Esprit de modération du Code civil. — Le Code Napoléon a eu la bonne fortune d'être fait juste au moment favorable : rédigé plus tôt, pendant la Révolution, il eût trop cédé aux passions révolutionnaires, aux entraînements politiques ; rédigé plus tard, il se fût sans doute ressenti des sévérités du régime militaire et de l'esprit de réaction qui se développa de plus en plus. Au moment où il a été entrepris, on se trouvait dans une période de calme et d'apaisement ; après tant d'excès et de crises de toutes sortes, les esprits subissaient une détente. Ces quelques années du Consulat ont été un moment exceptionnellement favorable pour une rédaction équitable des lois civiles.

La Révolution avait jeté la France dans un état d'inquiétude et de désarroi dont nous avons peine à nous faire l'idée ; la faiblesse du Directoire y avait autant contribué que les violences de la Convention. L'incertitude était partout ; la sécurité des personnes était détruite ; celle des propriétés également ; le commerce était presque arrêté ; les transactions d'ordre civil réduites à leur minimum. La lassitude était générale. Quand le Premier Consul s'empara du pouvoir, il disait (et tout le monde le croyait avec lui) que la Révolution était « finie » (Proclamation du 24 frimaire an VIII). Il a affirmé plus tard qu'après Marengo et la paix d'Amiens, il croyait la guerre terminée et la paix assurée. Il ne restait donc plus qu'à recueillir les fruits qu'on espérait de la Révolution : des lois meilleures pour une société rajeunie, une sorte de renouveau et de printemps, comme l'Allemagne en eut un après 1871.

C'est cet heureux concours de circonstances qui a donné au Code civil sa qualité dominante, l'*esprit de modération et de sagesse* qui en a assuré la durée. Les régimes politiques les plus divers ont pu s'en accommoder ; aucun n'a osé le détruire ; aucun n'y a même songé. Le Code Napoléon est, en effet, une *loi de transaction*. Il est issu de la Révolution ; il en a gardé l'esprit égalitaire, et n'a pas cherché à restaurer les institutions de l'ancien régime, et cela l'a rendu précieux à la grande majorité des Français. En même temps, il a abandonné toutes les idées chimériques, toutes les mesures violentes des assemblées de la Révolution ; il n'est *ni réactionnaire ni révolutionnaire*. Pour toutes ces raisons, il ne faut pas y toucher à la légère. Il s'est fait une sorte d'accord tacite entre les gens éclairés et sérieux, pour le conserver et lui faire subir le moins de retouches possible. Sans doute il ne faut pas s'en faire un fétiche, ni en parler sur un ton dithyrambique, comme cela a été la mode sous le second Empire : cette admiration de commande avait des motifs politiques ; mais il est à craindre que dans une revision générale du Code on ne garde pas la même mesure et on ne possède pas l'esprit de sagesse qui régnait sous le Consulat.

On adresse parfois au Code Napoléon des reproches opposés : quelques-uns le trouvent animé, dans certaines parties, d'un trop vif esprit de réaction contre l'œuvre de la révolution ; d'autres lui reprochent d'être encore trop imbu des doctrines révolutionnaires. N'est-ce point la preuve que le Code a gardé un juste milieu ?

93. Principales doctrines du Code. — Dans l'*organisation de la famille*, le Code a maintenu la séparation entre les croyances religieuses et la réglementation légale.

La Révolution avait sécularisé la famille et le mariage : le Code n'a fait que conserver ce résultat acquis. Comme le disait Portalis : « Il faut souffrir ce que la Providence souffre et, comme les Français ont plusieurs opinions religieuses, il faut que la loi ne voie en eux que des citoyens, comme la nature ne voit que des hommes. » Elle n'a donc pas à s'enquérir de leurs croyances religieuses. En conséquence de ces idées, la rédaction des *actes de l'état civil* n'es

plus confiée aux ministres des différents cultes : tous les actes sont réunis sur un registre unique, tenu par un officier civil, représentant de la commune.

De même le *mariage* n'est plus considéré par la loi que comme un contrat purement civil ; il a été pour ainsi dire dédoublé en mariage civil et en mariage religieux, d'un côté contrat, de l'autre sacrement.

Dans l'*organisation de la propriété* et le règlement des *successions*, le Code a respecté scrupuleusement les idées d'égalité introduites par la Révolution : toute trace de la hiérarchie féodale des personnes et des terres a disparu ; plus de privilège pour les personnes nobles ou pour les terres nobles.

La *liberté civile* a été sauvegardée par le Code qui défend tout contrat de louage par lequel une personne aliénerait sa liberté pour sa vie entière ; on ne peut engager ses services qu'à temps (art. 1780). Cependant le Code admettait la contrainte par corps comme voie d'exécution contre les débiteurs ; elle a duré jusqu'en 1867.

Le Code enfin favorise la *circulation des biens*, en prohibant ou en n'admettant que dans les limites les plus étroites les conventions qui rendent la terre inaliénable entre les mains du propriétaire ou qui gênent l'exercice de son droit.

94. Qualités du Code. — Outre le mérite qui tient à l'esprit dans lequel il a été conçu, le Code possède certaines qualités techniques, dues à sa bonne exécution. Ces qualités sont l'*unité*, la *méthode*, la *précision*, la *clarté*.

Son *unité* vient de ce qu'il a été fait par un petit nombre d'hommes, dominés par une volonté prépondérante.

La *méthode* employée par les auteurs du Code a été parfois critiquée ; on a reproché à leur plan de n'être pas scientifique. Reproche mal fondé : l'ordre scientifique, qui convient à l'enseignement donné sous la forme du cours ou du livre, n'est point nécessaire ni même utile dans un code. L'enseignement est une initiation ; c'est pour cela qu'il a besoin d'une méthode particulière. Un code est fait pour des gens qui ont fini leurs études, pour des praticiens qui connaissent le droit. Il suffit que la répartition des matières soit claire et commode.

La *précision* et la *clarté* dans le détail, c'est-à-dire dans la rédaction des articles, sont poussées à un si haut degré dans le Code civil qu'on peut dire qu'elles n'ont jamais été surpassées, et bien rarement atteintes. En tout cas, ce ne sont pas les lois votées en France depuis 1804 qui peuvent être comparées au Code à ce point de vue ; quand on les en rapproche, la limpidité du Code Napoléon devient éclatante.

Du reste, il faut faire honneur de ces qualités exceptionnelles, non seulement aux hommes qui l'ont rédigé, mais autant, et plus peut-être, à ceux qui les avaient précédés et qui leur ont servi de modèles, surtout à Domat, logicien méthodique et sérieux ; à d'Aguesseau, consciencieux et travailleur ; à Pothier enfin, au bon et honnête Pothier, d'esprit simple et nullement transcendant, mais toujours sincère et épris de clarté.

95. Les défauts du Code. — Avec toutes ses qualités, le Code Napoléon a cependant quelques défauts (1). On peut lui pardonner aisément ses rares imperfections de rédaction ses quelques articles inutiles, obscurs ou peu en harmonie entre eux (2) ; ils sont en si petit nombre que c'est chose négligeable sur un total de près de 2 300 articles, d'autant plus qu'on ne peut citer aucun texte, français ou étranger, où ces fautes de détail soient plus rares que chez

(1) Je ne parle ici que des défauts *réels*. Le Code Napoléon a été attaqué avec passion, en France même, par certains partis politiques que la haine de l'Empire aveugle. Les gens qui ont pour idéal les décrets de la Convention ne peuvent avoir que du dédain pour lui ; ils lui restituent, comme une tache, son nom primitif de Code Napoléon, ils affectent de l'appeler « la compilation napoléonienne ». C'est affaire de goût et de parti. — A l'étranger le Code français a été jadis fort dénigré. Le jurisconsulte allemand Savigny, dans sa brochure « sur la vocation de notre temps... » (ci-dessus, n° 17), s'est plu à relever la faiblesse de certaines discussions du Conseil d'État au point de vue historique ; il dit que les auteurs du Code parlaient et écrivaient comme des *dilettanti* (comp. *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 349, note 1). Son patriotisme l'emporte trop loin. Qu'importe que les rédacteurs de nos lois n'aient pas été de savants historiens comme lui ? Ils étaient des hommes politiques, d'esprit sage et éclairé, des juristes et des praticiens fort au courant des affaires, et c'est heureux pour la France.

(2) Voyez les opinions de Toullier, de Marcadé, de Serrurier, de Goupil de Préfeln, etc., mentionnées dans la *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 349-350.

lui. Il y a des reproches plus graves à lui faire. Certains points avaient été réglés d'une manière défectueuse. Citons rapidement :

1° La *condition des étrangers*, traités avec trop de rigueur (voyez ci-dessus, n° 91-2°). Il a fallu y revenir dès 1819 (voyez ci-dessous, n° 104, en note).

2° Le *régime dotal*. Les époux pouvaient l'adopter sans publicité, ce qui était dangereux pour les tiers, à cause de l'inaliénabilité des biens de la femme. On a remédié à ce défaut en 1850.

3° La *transmission des immeubles*, pour laquelle les lois de la Révolution avaient organisé une publicité à l'aide de la *transcription*. Le Code avait abandonné à tort ce système, dont les avantages étaient considérables ; on y est revenu en partie quelques années plus tard, à l'aide des art. 834-835 C. proc. civ. ; mais la transcription n'est redevenue obligatoire qu'en 1855.

4° Le *régime hypothécaire*. C'était la partie la plus faible du Code ; on peut dire que le régime des hypothèques avait été très mal organisé par les auteurs de la loi, et ils étaient sur ce point d'autant plus répréhensibles qu'ils avaient sous les yeux, comme pour la transcription, des modèles bien meilleurs que leur œuvre, dans les lois de la Révolution (1). Le régime hypothécaire du Code civil a été amélioré à diverses reprises (2) ; et cependant il est loin encore d'être à l'abri de tout reproche : il aurait grand besoin d'être mis au courant des idées et des combinaisons modernes, devenues de plus en plus perfectionnées. Le régime hypothécaire est peut-être de toutes les matières du droit civil celle qui a fait le plus de progrès dans le cours du XIXe siècle.

5° On peut encore signaler le *défaut de protection de la fortune mobilière* comme un des vices du Code, mais sur ce point ses auteurs sont excusables ; la richesse mobilière avait de leur temps encore peu de valeur ; elle en était à ses débuts et on ne pouvait pas prévoir l'essor qu'elle prendrait sous la forme des valeurs de Bourse.

96. Lacunes actuelles du Code. — Il y a d'autre part certaines matières, neuves pour la plupart, qui pourraient avantageusement trouver place dans la législation civile, et qui par suite constituent autant de lacunes du Code, sans qu'on puisse en faire le reproche à ses auteurs, à cause de l'origine moderne de la plupart de ces questions. Telles sont : *le nom des personnes*, qui soulève de nombreuses difficultés ; les *personnes morales*, espèces d'êtres fictifs, dont le Code suppose l'existence, mais dont la nature et les attributions ne sont déterminées nulle part, sauf quelques dispositions isolées et fragmentaires, qui se concilient difficilement entre elles ; l'*emphythéose*, que le Code avait passée sous silence, peut-être avec l'intention de la supprimer, mais que la jurisprudence avait conservée et qui a fait l'objet d'une loi spéciale en 1902 ; la *propriété littéraire, artistique*, etc., qui est régie par des lois particulières ; la *déconfiture des non-commerçants*, entièrement laissée à l'abandon, sauf en cas de décès de l'insolvable, et encore, dans ce cas, les mesures prises par la loi sont fort insuffisantes ; les *offices ministériels*, sorte de propriété à part, établie en 1816 ; les *valeurs au porteur*, forme de titre qui s'applique fréquemment à des créances civiles ; le *contrat d'assurance* ; les *syndicats*, sinon pour leur surveillance administrative, du moins pour une foule de questions de droit civil que fait naître l'exercice de leurs pouvoirs, leurs relations avec leurs membres et avec les tiers, leur responsabilité, etc. Cette institution nouvelle a soulevé de nombreuses questions qui sont de pur droit civil.

§ 4. — *Les autres codes impériaux.*

97. Énumération. — Le grand effort de codification, qui a abouti sous le Consulat à

(1) Différents ouvrages ont été publiés de 1812 à 1844 sur la nécessité d'améliorer la législation hypothécaire de la France. Voyez en l'indication dans AUBRY et RAU, t. I, § 6, note 6.

(2) Sans parler des modifications apportées par le Code de procédure, ni des lois assez nombreuses qui ont créé des privilèges pour divers créanciers, voyez les lois du 3 septembre 1807, sur les hypothèques judiciaires ; du 2 juin 1841, sur la saisie ; du 23 mars 1855, sur la transcription ; du 21 mai 1858, sur la saisie ; du 12 février 1872 et du 19 février 1889, sur le privilège du bailleur, etc.

son œuvre capitale, la confection du Code civil, se prolongea jusque sous l'Empire. Napoléon nous a donné quatre autres codes :

Le *Code de procédure civile*, mis en vigueur le 1er janvier 1807 (1041 C. proc. civ.) ;

Le *Code de commerce*, terminé le 29 août 1807, mis en vigueur le 1er janvier 1808 ;

Le *Code d'instruction criminelle*, voté en 1808, et le *Code pénal*, voté en 1810, tous deux devenus exécutoires le 1er janvier 1811, après la réorganisation de la magistrature par la loi du 20 avril 1810.

Sur l'ensemble de ces codes, voir SÉRUZIER, *Précis historique de la législation française*, 1845. Spécialement sur le Code de procédure, voir ALBERT TISSIER, *Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme* (*Revue trimestrielle*, 1906).

98. Leur infériorité relative. — Ces quatre codes sont bien inférieurs au Code civil. Nos deux codes criminels sont aussi défectueux l'un que l'autre. Notre instruction criminelle, fort arriérée, est sujette à beaucoup de critiques et il est question de la remanier de fond en comble. En attendant l'exécution de ce vaste projet, elle a déjà fait l'objet de réformes partielles fort importantes. Le système de pénalités établi sous l'empire était beaucoup trop rigoureux et trop inflexible ; on l'a retouché à diverses reprises, notamment en 1832 et en 1863.

Le Code de procédure civile appelle, lui aussi, des réformes nombreuses ; la procédure est trop coûteuse, les délais sont trop longs, les formes sont surannées ; les avoués seuls s'en trouvent bien.

Quant au Code de commerce, il est tout à fait insuffisant. Sur la plupart des points on s'était borné à reproduire l'ordonnance de 1673 sur le commerce et celle de 1681 sur la marine. Ses dispositions sur la faillite étaient seules nouvelles, mais elles étaient mal conçues ; on a dû les réformer en 1838. Bien des lois importantes ont été faites pour le commerce, et sont restées indépendantes du Code, sur les sociétés commerciales, les chèques, les magasins généraux, l'hypothèque maritime, l'abordage, etc. Cependant notre droit commercial est très en retard. C'est encore la législation de Colbert, vieille de plus de deux siècles, qui en fait le fond, et ceci est d'autant plus regrettable que le commerce a marché très vite et s'est transformé d'une manière aussi complète qu'imprévue.

99. Causes de cette infériorité. — Il y a donc entre le Code civil, d'une part, et les autres codes napoléoniens de l'autre, une différence considérable : le premier a une valeur propre bien supérieure à celle des autres. Comment expliquer ce fait? La confection du Code civil se trouvait toute préparée d'avance. On peut dire que Tronchet, Portalis, et les autres membres de la commission de rédaction ou du Conseil d'État qui y travaillèrent n'en sont pas les seuls auteurs ; ils avaient derrière eux, dans la personne de nos meilleurs jurisconsultes, des collaborateurs nombreux et illustres qui leur ont singulièrement facilité la besogne. La confection d'un bon code, comme le Code Napoléon, est le produit du travail accumulé de plusieurs générations.

Au contraire, pour les autres codes impériaux, il n'existait pas de modèles, ou bien peu, et incomplets ou trop anciens ; rien n'était en rapport avec les besoins des temps nouveaux D'autre part, la critique, la doctrine, n'avaient pas fait leur œuvre, n'ayant pas de textes sur lesquels elles pussent s'exercer. Enfin la confection des codes spéciaux n'a pas été confiée à des gens de mérite, comme celle du Code civil, ni préparée avec le même soin. Le Code de commerce surtout fut une œuvre hâtive. Ces constatations devraient faire réfléchir les fabricants de réformes, qui improvisent des lois en quelques heures ; une bonne législation est l'œuvre du temps.

CHAPITRE IV

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS DEPUIS LA CODIFICATION

100. Formation d'un droit nouveau. — La vie du droit ne s'arrête jamais. C'est l'erreur de tous les législateurs de croire qu'ils l'arrêteront par leurs codifications ; ç'a été

l'illusion de Napoléon peut-être autant que de Justinien (1). Cependant chaque année, et presque chaque jour, le droit se modifie ; le Code Napoléon s'est pour ainsi dire recouvert d'une végétation nouvelle, qui le transforme et le dénature peu à peu.

Pour se rendre compte de ce travail incessant de modification, il faut distinguer trois choses : l'action du pouvoir législatif, celle de la jurisprudence, celle de la doctrine.

§ 1. — *L'œuvre législative depuis* 1804.

101. Influence des changements politiques. — Les tendances de la législation se ressentent naturellement, et d'une manière directe, des changements qui s'accomplissent dans l'organisation de l'État et dans son orientation politique. C'est pourquoi notre législation civile, quand on entreprend d'en étudier le développement depuis 1804, permet de faire, à un point de vue spécial et intéressant, l'histoire politique de la France. Il faut prendre les différents régimes qui se sont succédé dans le cours de ce siècle et voir quelle a été l'influence de chacun d'eux sur nos lois civiles.

A. — L'Empire.

102. Rareté relative des lois spéciales. — Le grand effort de codification, qui avait abouti à la confection de cinq codes en moins de dix ans, semble avoir épuisé la fécondité législative du régime impérial. C'est à peine si l'on trouve quelques lois spéciales touchant aux matières du droit civil (2).

Mais il faut signaler, à cause de son importance, le *Concordat* du 26 messidor an IX (15 juillet 1801), conclu entre Bonaparte et le pape Pie VII. Ce Concordat a été suivi d'une loi du 18 germinal an X (8 avril 1802), sur *l'organisation des cultes.* Rappelons aussi la loi sur l'organisation judiciaire, du 20 avril 1810, signalée ci-dessus, nº 97.

B. — La Restauration.

103. Lois de réaction. — Ce fut pour la France, épuisée par tant de guerres et de défaites une période de repos et de calme, presque stérile pour la législation. A peine vit-on au début quelques lois de réaction, dues à la différence d'esprit qui séparait la Monarchie revenant de l'exil de l'Empire né de la Révolution. Les deux plus remarquables de ces lois sont : 1º la loi du 18 novembre 1814, qui imposait à tous le respect du dimanche. Cette interdiction du travail était la conséquence du caractère de religion d'État que la charte de 1814 avait rendu à la religion catholique ; 2º la loi du 8 mai 1816, qui abolissait le divorce comme contraire aux préceptes de la religion catholique.

D'autres lois furent inspirées, pendant les dernières années du régime, par l'esprit nobiliaire qui dominait à la cour et qui devait conduire la monarchie à sa perte. Telles furent la loi du 17 mai 1826 sur les *substitutions*, destinées à conserver les richesses des grandes familles, et le projet avorté portant *rétablissement du droit d'aînesse.*

104. Lois diverses. — On peut signaler encore quelques lois sur des matières diverses, mais qui, à elles toutes, ne forment pas un bien gros total pour près de seize ans de règne (3).

(1) Napoléon s'aperçut vite de son erreur. On raconte qu'il dit un jour, en parlant de ses codes : « Il faudra les refaire dans trente ans. »

(2) *Transfert de rentes appartenant à des incapables* (24 mars 1806) ; *Modifications et additions aux art.* 17 *et* 896 *C. civ.* (3 septembre 1807) ; Fixation d'un maximum pour l'*intérêt des prêts d'argent* (3 septembre 1807) ; Règles nouvelles pour *l'inscription de l'hypothèque judiciaire* (3 septembre 1807) ; *Saisie immobilière*, quand les immeubles sont situés dans plusieurs arrondissements (14 novembre 1808) ; *Expropriation pour cause d'utilité publique* (8 mars 1810) ; *Régime des mines* (21 avril 1810). — On peut rappeler en outre *deux lois antérieures au Code :* L. 11 germinal an XI, sur les *noms et changements de noms;* L. 23 germinal an XI (12 avril 1803), sur l'*industrie et les relations entre patrons et ouvriers.*

(3) L. 2 janvier 1817, *Donations et legs aux établissements ecclésiastiques.* — L. 17 mai 1819,

La principale est la loi du 14 juillet 1819 qui a aboli le droit d'aubaine. Cette loi était destinée à attirer les étrangers en France, en tempérant les rigueurs de la législation napoléonienne, par l'abrogation des articles 726 et 912 C. civ.

C. — Louis-Philippe.

105. Influence du commerce et de l'industrie. — La révolution de 1830 amena un grand changement dans le monde politique. A l'aristocratie de race, qui avait dominé sous la monarchie légitime, succède la bourgeoisie riche ; les grands propriétaires fonciers qui vivaient des revenus de l'agriculture sont remplacés par de grands capitalistes appartenant au monde du commerce et de l'industrie, propriétaires de forges, de hauts-fourneaux, etc. Par suite les intérêts industriels prennent le premier rang ; ils supplantent les intérêts agricoles. Leur triomphe fut assuré par l'essor de la grande industrie, qui date surtout de cette époque et qui a marqué son passage dans l'ordre juridique par le développement extraordinaire des sociétés anonymes.

La monarchie de Juillet fut donc le règne des manufacturiers, une petite oligarchie industrielle servant de transition entre la monarchie pure, qui avait donné la prépondérance à l'aristocratie, et la révolution de 1848, qui devait la faire passer à la foule des paysans et des ouvriers.

106. Activité croissante du pouvoir législatif. — Rien n'accuse mieux ce caractère particulier du règne de Louis-Philippe que sa législation. Les lois deviennent beaucoup plus nombreuses, et leur multiplication est due surtout à deux causes : 1° une *liberté politique* plus grande, accordée à la presse et aux Chambres. On discute toutes les questions : l'attention du grand public commence à être éveillée par les journaux sur des points qui le laissaient autrefois indifférent ; 2° un développement tout nouveau de l'*activité économique*.

La Révolution et l'Empire avaient à peu près ruiné la France. Le commerce et l'industrie, qui avaient été très florissants sous Louis XVI, s'étaient réduits de beaucoup. De 1789 à 1815, les émeutes, les troubles, les guerres avaient tout arrêté ; sur mer, nous n'existions pour ainsi dire plus : le blocus continental, la perte de nos colonies, Trafalgar avaient anéanti notre marine. A l'intérieur tout le monde était au régiment, ce qui explique une contradiction économique apparente : sous l'Empire, malgré la déchéance industrielle et commerciale de la France, les salaires se maintinrent à un taux très élevé. La raison en est simple : on ne trouvait pas assez d'ouvriers pour les travaux indispensables ; la guerre avait fait le vide partout.

Sous la Restauration, le travail se ranima, mais lentement ; la France était trop affaiblie pour se guérir vite. Le réveil n'eut lieu que sous Louis-Philippe ; les machines à vapeur et les chemins de fer transformèrent et développèrent d'une manière inattendue le commerce et l'industrie.

Deux grandes causes concoururent donc à augmenter l'activité du pouvoir législatif : le *mouvement libéral en politique*, le *progrès économique*. Un grand nombre de lois portèrent sur des matières diverses (1) ou sur des questions de procédure (2), mais le droit civil proprement dit eut aussi sa part de réformes (3).

Régime de la presse et diffamation. C'est la première en date de nos lois sur la presse, et beaucoup de ses dispositions ont été conservées. — L. 14 juillet 1819, *Abolition du droit d'aubaine* (titre peu exact). — L. 24 mai 1825, *Congrégations religieuses de femmes.* Dispositions intéressantes sur les successions et les libéralités. — L. 21 mars 1827, *Code forestier.* — L. 15 avril 1829, sur la *Pêche fluviale.*

(1) Citons les suivantes comme étant les principales : revision du *Code pénal* (28 avril 1832) ; prohibition des *loteries* (21 mai 1836) ; *caisses d'épargne* (5 juin 1835 et 31 mars 1837) ; revision de la loi des *faillites* (28 mai 1838) ; réglementation du *travail des enfants* (22 mars 1841) ; *patentes* (25 avril 1844) ; *chasse* (3 mai 1844) ; *brevets d'invention* (5 juillet 1844).

(2) LL. 1er avril 1837, sur la *cassation;* 25 mai 1838, sur les *justices de paix* ; 2 juin 1841, sur les *ventes judiciaires.*

(3) LL. 16 avril 1832, modifiant l'art. 164 C. civ. ; 17 avril 1832, sur la *contrainte par corps* ; 12 mai 1835, sur les *majorats* ; 21 mai 1838, sur les *vices rédhibitoires* dans les ventes d'animaux ;

107. Projets inachevés. — Une foule d'autres lois moins importantes furent votées, et ce n'est pas tout. Le gouvernement avait différents projets à l'étude quand il fut renversé. Le principal était la *réforme du système hypothécaire*. Des pétitions avaient été adressées au gouvernement dès 1836 ; mais ce ne fut qu'en 1841 que l'on ouvrit une vaste enquête dans laquelle les Cours d'appel et les facultés de droit furent consultées ; leurs réponses et divers documents furent publiés (Paris, Impr. royale, 1844, 3 vol. in-8°) et les études se continuèrent, sans aboutir, jusqu'à la Révolution de 1848. Pour plus de détails, voir GUILLOUARD, *Hypothèques*, t. I, nos 44 et suiv.

D. — La seconde République.

108. Résultats généraux. — Cette courte période (24 févr. 1848-2 déc. 1851) marque une époque décisive dans notre histoire par l'*introduction du suffrage universel*, qui a déplacé entièrement la puissance politique et changé du tout au tout la direction du pouvoir législatif. Les conséquences de ce grand fait se déroulent sous nos yeux, et on ne peut encore prévoir où elles s'arrêteront. La révolution avait été faite par les ouvriers de Paris ; du soir au lendemain ceux-ci se trouvaient les maîtres de la situation. Pendant un an ou deux les questions ouvrières, les difficultés relatives au travail industriel furent la grosse préoccupation du législateur.

Les travaux législatifs s'éparpillèrent beaucoup, et la plupart n'eurent pas le temps d'arriver à leur terme. Il en fut ainsi notamment du grand projet de réforme hypothécaire, qui avait été repris et continué (1).

109. Réaction rapide et chute du gouvernement républicain. — L'Assemblée législative, qui siégea du 26 mai 1849 au 2 décembre 1851, était une assemblée réactionnaire. La France avait été effrayée des événements de 1848, et l'esprit bourgeois et conservateur qui avait prévalu sous Louis-Philippe eut alors un retour offensif. Il ne fut pas de longue durée. L'Assemblée porta la main sur le suffrage universel, ce qui permit au Prince-président de tenter avec succès le coup d'État de décembre.

E. — Le second Empire.

110. Variations de sa politique. — Rien n'est plus curieux à observer que l'évolution politique du second Empire. C'était un régime à la fois autoritaire et démocratique ; il s'appuyait sur l'armée, puisqu'il avait pour origine un coup d'État militaire, et sur le suffrage universel, car le régime impérial trouva un appui solide dans les campagnes. Divers faits d'ordre économique le favorisèrent. Les uns étaient accidentels, comme l'abondance de l'or provenant de Californie, et l'achèvement des grands réseaux de chemins de fer. Les autres étaient l'œuvre du gouvernement comme l'abaissement des barrières douanières par les traités de commerce. Les blés, les bestiaux se vendaient bien : une foule de petits produits agricoles (fruits, légumes, volailles, œufs), qui jadis n'avaient pas de débouchés, étaient emportés par les chemins de fer vers les grandes villes, et répandaient une aisance facile dans les campagnes. — Mais il n'en fut pas de même avec les ouvriers. De très bonne heure, le gouvernement impérial chercha à se concilier l'opinion de la classe ouvrière par toutes sortes de menues faveurs, il n'y réussit pas ; cette partie de la population resta *irréconciliable* : c'était

30 juin 1838, sur les *aliénés* ; 3 mai 1841, sur *l'expropriation* ; 21 juin 1843, sur les *actes notariés* ; 3 août 1844, sur la *propriété littéraire* ; 29 avril 1845, sur les *irrigations* et les servitudes qui s'y rattachent.

(1) Principales lois votées par l'Assemblée constituante de 1848 et l'Assemblée législative de 1849 : fixation du *maximum de la journée de travail* à 12 heures (9 septembre 1848) ; facilités données aux étrangers pour acquérir la *nationalité française* (22 mars 1849) ; abrogation de la loi de 1826 sur les *substitutions* (11 mai 1849) ; *naturalisation* (3 décembre 1849) ; *publicité du contrat de mariage* (10 juillet 1850) ; *désaveu* de l'enfant né d'une femme séparée de corps (6 décembre 1850) ; *mariage des indigents* (10 décembre 1850) ; *usure* (19 décembre 1850) ; condition des *enfants étrangers nés en France* (7 février 1851) ; *contrat d'apprentissage* (22 février 1851) ; *livrets d'ouvriers* (14 mai 1851). — Pour l'échec du projet de réforme hypothécaire et les travaux de la commission de 1849, voyez CAUWÈS, *Cours d'économie politique*, t. II, p. 410, et VALETTE, *Mélanges*, t. II, p. 221 et 257.

le mot à la mode. Cependant, vers la fin, une série de mesures législatives transformèrent ce régime, tout militaire au début, en un régime de demi-liberté.

111. Lois de la première époque. — Cette transformation politique de l'Empire est très sensible dans sa législation, car tout se tient dans les institutions ; tout y dépend du cours général des idées, et le droit, même dans ses parties les plus abstraites, participe à la vie générale du pays. Pendant les premières années, on vit le gouvernement impérial poursuivre les associations ouvrières, les dissoudre, faire des lois hostiles à l'influence des ouvriers (L. 1er juin 1853, sur les prud'hommes ; L. 22 juin 1854, sur les livrets ouvriers).

112. Le mouvement libéral. — Mais à partir de 1855, il se fit un grand mouvement d'opinion. Une foule d'écrits de tous les genres vinrent attirer l'attention sur les questions ouvrières. Il faut mettre hors de pair la grande publication de Le Play (*Les ouvriers européens*, 1854) et les publications de Jules Simon (*La liberté*, 2 vol., 1859, dédoublé depuis en deux ouvrages distincts : *La liberté civile*, *La liberté politique ; L'ouvrière*, 1863 ; *L'école*, 1864 ; *Le travail*, 1866). Les journaux à un sou, nouveauté du temps, faisaient pénétrer ces idées dans les masses de la nation, jusque dans les rangs inférieurs. L'Empire dut suivre le mouvement et se montrer de moins en moins rigoureux. Ce fut surtout à partir de 1868 qu'il se transforma pour devenir l'*Empire libéral* (L. 11 mai 1868, sur la presse ; L. 6 juin 1868, sur le droit de réunion). En même temps l'Empire commença à tolérer les associations ouvrières de tout genre, syndicats, sociétés de secours, sociétés coopératives, etc.

113. Législation civile du second Empire. — Cette législation est représentée par un petit nombre de lois importantes, dont la principale est la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, produit final de la grande enquête entreprise en 1841 : grande amélioration sans doute, mais réforme beaucoup plus restreinte que celle qui avait été projetée (1).

F. — La troisième République.

114. Sa Constitution. — Proclamée à Paris le 4 septembre 1870, au lendemain du désastre de Sedan, la République a été contestée jusqu'en 1875. Les partis monarchiques espéraient restaurer la royauté, surtout après la *fusion* ou réconciliation entre la famille d'Orléans et le comte de Chambord. L'échec de leur tentative amena le vote de la Constitution de février 1875. Pendant cinq ans, de 1871 à 1876, la France n'eut qu'une Assemblée unique, l'*Assemblée nationale*, élue à la fin de la guerre pour ratifier le traité de Francfort et qui siégea à Versailles. Quand elle se sépara, après avoir voté la Constitution actuelle, elle fut remplacée par deux assemblées, le *Sénat* et la *Chambre des députés*, élues pour la première fois en janvier et février 1876.

115. Les deux phases du régime. — Indépendamment des modifications survenues dans l'organisation du pouvoir législatif, le régime actuel a eu deux phases distinctes. La première a duré une dizaine d'années, depuis les élections de 1871 jusqu'en 1880 (2). La majorité dans les assemblées politiques appartenait encore aux différents partis monarchistes et conservateurs, coalisés contre le parti républicain. Il en fut ainsi du moins dans l'Assemblée nationale, élue en 1871, à la fin de la guerre. Quand la Constitution de 1875 fut mise en vigueur le parti républicain, en majorité dans la Chambre des députés, se trouvait en minorité au Sénat et ne pouvait faire aboutir aucune des réformes qu'il promettait. Ce fut seulement après les élections sénatoriales de 1879 qu'il obtint la majorité au Sénat. Ce fait eut une répercussion directe sur la législation. De 1870 à 1880 les lois nouvelles sont peu nombreuses : les réformes sont modérées, presque timides (3). En 1880 les choses changent de face ; le pouvoir

(1) Parmi les autres textes de cette époque, citons : Décr. 28 février 1852, sur les *Sociétés de crédit foncier*, remanié par la loi du 10 juin 1853 ; — 31 mai 1854, abolition de la *mort civile* ; — 10 juin 1854, loi sur le *drainage* ; — 21 juin 1865, loi sur les *associations syndicales* ; — 29 juin 1866, loi sur la *naturalisation* ; — 14 juillet 1866, loi sur les *droits d'auteur* ; — 22 juillet 1867, abolition presque complète de la *contrainte par corps* ; — 24 juillet 1867, loi sur les sociétés commerciales ; — 2 août 1868, abrogation de l'art. 1781 C. civ. — Il faut signaler en outre les deux *codes de justice militaire*, 4 août 1857 (armée de terre), 4 juin 1858 (armée de mer).

(2) Je laisse de côté la double crise de la guerre et de la Commune, qui nous a cependant laissé une décision importante : le décret du 5 novembre 1870 sur la promulgation des lois.

(3) 12 février 1872, modification de l'art. 2102 C. civ. (*privilège du bailleur*) pour le cas de

législatif entre dans une ère de *production presque excessive*, telle qu'il n'en avait jamais connu, si ce n'est dans la période de 1789 à 1793 (1). L'année 1898 surtout a été particulièrement féconde.

116. Influence du suffrage universel. — Les lois votées depuis 1880 sont bien nombreuses, mais ce qui est surtout remarquable, c'est moins leur nombre que leur *esprit*. La tendance d'un pouvoir législatif issu du suffrage universel est nécessairement de favoriser la masse de la nation, aux dépens des anciennes classes dirigeantes, riches, mais peu nombreuses. Cette tendance s'est beaucoup accentuée depuis 1889, et notamment en 1899, lorsque Waldeck-Rousseau fit arriver pour la première fois le parti socialiste au pouvoir en la personne de M. Millerand. Elle se montre surtout dans les *questions ouvrières* (syndicats, assurances, retraites, livrets, habitations à bon marché) et dans les *questions fiscales*, car certains partis politiques comprennent l'impôt comme un instrument de spoliation ; mais elle se fait sentir même sur les matières de pur droit civil. Les lois dites « ouvrières » dérogent fréquemment aux règles traditionnelles. Les principes les plus solides scientifiquement ne résistent pas aux projets des réformateurs, et les lois nouvelles modifient le droit jusque dans ses bases les plus profondes.

117. Tendance opposée aux idées du XVIIIe siècle. — Il y a une autre observation à faire. L'opinion dominante en France croit continuer les traditions de la Révolution et s'inspirer des idées de l'Assemblée constituante. Or il semble bien que notre législation moderne abandonne de jour en jour la plus essentielle de ces idées. L'Assemblée constituante a détruit une organisation sociale qui était sortie des profondeurs les plus lointaines de notre histoire nationale, et qui était principalement fondée sur l'existence de pouvoirs locaux, et sur le groupement des forces particulières. A la place de ce régime, l'Assemblée constituante avait établi un *régime purement individualiste*, elle avait cherché à assurer la liberté des hommes par l'isolement. Son œuvre principale a été la destruction de tous les anciens corps, communautés, associations de tous genres, à l'ombre desquels fleurissaient tant d'abus. C'est pour cela que la plus libérale des assemblées que la France ait jamais eue, lui a refusé ce qui passe aujourd'hui pour la principale des libertés : la *liberté d'association*. — Or, depuis 1848, on voit se dessiner en France un mouvement des plus remarquables. Les forces collectives locales, que la Révolution avait proscrites, se reconstituent de toutes parts. Les unes sont dues à l'initiative privée : syndicats professionnels, sociétés de tout genre, que l'État non seulement tolère, mais encourage. Les autres sont créées par le gouvernement lui-même. L'État moderne, surchargé d'attributions, écrasé par ses charges financières, s'en débarrasse le plus qu'il peut sur des groupes locaux ; il abandonne à eux-mêmes les départements, les villes, les universités, les chambres de commerce, etc. On parle aussi de reconstituer, sous le

faillite ; — 15 juin 1872, *pertes des valeurs mobilières* ; — 18 mai 1874, réglementation nouvelle du *travail des enfants et des filles mineures* ; — 10 décembre 1874, loi qui rend les navires susceptibles d'hypothèques (*hypothèque maritime*) ; — 16 décembre 1874, loi sur les *enfants d'étrangers nés en France*.

(1) Ces lois sont si nombreuses que je renonce à les indiquer ici comme je l'ai fait pour les périodes précédentes : il me faudrait en énumérer plus de 80 ! Je signalerai seulement les plus importantes : la loi sur les *valeurs mobilières appartenant à des incapables* (26 février 1880); le *Code rural* (tout un groupe de lois dont la plus ancienne est du 14 février 1882 et qui n'est pas encore terminé ; voyez ci-dessous, n° 1284) ; la *responsabilité des locataires en cas d'incendie* (5 janvier 1883) ; les *syndicats professionnels* (21 mars 1884) ; le *rétablissement du divorce* (27 juillet 1884) ; les *subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées* (13 février 1889) ; la *nationalité* (20 juin 1889) ; la *déchéance de la puissance paternelle* (24 juillet 1889) ; les *droits successoraux du conjoint survivant* (9 mars 1891) ; la *réglementation du travail* (2 novembre 1892) ; la *séparation de corps* (6 février 1893) ; les *habitations à bon marché* (30 novembre 1894) ; les *salaires* (12 janvier 1895) ; *les droits successoraux des enfants naturels* (25 mars 1896) ; le *nantissement sur fonds de commerce* (1er mars 1898) ; le *régime des eaux* (8 avril 1898) ; la *responsabilité des accidents industriels* (9 avril 1898) ; les *warrants agricoles* (18 juillet 1898) ; l'abaissement de l'*intérêt légal* (7 avril 1900) ; les *associations et congrégations* (1er juillet 1901) ; l'*emphythéose* (25 juin 1902) ; les *conditions du mariage* (21 juin 1907) ; la *tutelle des enfants naturels* (2 juillet 1907) ; les *gains personnels de la femme mariée* (13 juillet 1907) ; les *enfants adultérins* (7 novembre 1907) ; la *séparation de corps* (6 juin 1908) ; le *bien de famille* (12 juillet 1909) ; l'*administration légale* (6 avril 1910) ; le *Code du travail* (28 décembre 1910) ; la *recherche de la paternité* (16 novembre 1912).

nom de *régions*, des circonscriptions plus vastes et plus fortes que nos départements qui seraient non la reproduction, mais l'équivalent de nos anciennes provinces effacées par l'Assemblée constituante. A moins de tenter l'impossible en voulant reconstruire la vieille France, l'abandon des idées directrices de la Révolution ne saurait être plus complet de la part de ceux qui s'en croient les continuateurs ; la conception nouvelle de l'État n'est plus l'omnipotence du pouvoir central, tel que l'avait voulu l'Assemblée constituante, seul en face des citoyens isolés, désarmés et protégés par lui seul. — Naturellement ce grand changement s'opère surtout dans les matières administratives et économiques ; mais la législation civile en subit elle-même le contre-coup ; l'esprit de collectivité, de mutualité, d'association qui se réveille et qui entraîne tout, pénètre les lois et les usages relatifs aux contrats, à la propriété, aux successions (1).

117 *bis*. **Guerre de 1914.** — La guerre de 1914 a donné lieu à la publication d'un nombre considérable de lois et de décrets d'un caractère exceptionnel et temporaire, qui, pour des considérations d'ordre politique et humanitaire, ont sacrifié les principes les plus solides et les plus élémentaires du droit civil, notamment par l'institution de délais accordés sous le nom de *moratorium* à un grand nombre de débiteurs, par exemple le décret du 14 août 1914, relatif aux loyers.

Ces délais, qui auraient pu être tolérables si la guerre n'avait duré que quelques mois, ont eu des résultats désastreux, aussi bien au point de vue moral qu'au point de vue économique, parce que leur effet n'est pas encore terminé après plus de cinq ans.

Sur cette législation extraordinaire, il a été publié une quantité innombrable de monographies. Un seul travail d'ensemble est à signaler : Wahl, *Le droit civil de la guerre*, 4 vol. Les textes ont été publiés au jour le jour, sous forme de séries spéciales, par nos grands recueils d'arrêts, *Dalloz*, *Sirey*, etc.

118. Projets de réforme du Code civil. — Malgré les lois très nombreuses votées depuis 1804, c'est encore le Code Napoléon qui représente la plus grande part de notre législation civile. Sa revision intégrale fut demandée de bonne heure ; quelques mémoires et articles de revues furent publiés sur ce sujet (2) ; ils avaient trouvé peu d'échos, lorsqu'en 1904, à l'occasion d'une fête organisée à Paris pour célébrer le centenaire du Code civil, le ministre de la Justice nomma une commission extraordinaire pour préparer un avant-projet de revision. Jusqu'à présent l'idée d'une revision générale paraît trouver un accueil assez froid dans le monde des affaires. Comp. Planiol (*Livre du centenaire*, t. II, p. 953), et Thaller, *Rapport sur la revision du Code civil* (*Bulletin* de la Société d'études législatives, 1904, p. 472 ; discussion, *ibid.*, 1905, p. 24). Le tome II du *Livre du centenaire* contient diverses études sur l'opportunité d'une revision du Code. Sur ce « livre du centenaire » voyez l'index bibliographique en tête du présent volume. Sur la cérémonie qui eut lieu à Paris, voir les différentes *Revues* de droit, et spécialement les *Bulletins* des deux Sociétés d'études législatives et de législation comparée pour l'année 1904.

(1) En voici un exemple bien frappant. La *propriété foncière* avait été exclue du bénéfice de la loi de 1884, qui a autorisé la formation des *syndicats professionnels* : des gens de même métier pouvaient se réunir pour défendre leurs intérêts communs, des propriétaires ne le pouvaient pas. La loi du 25 décembre 1888, sur les *associations syndicales*, leur a octroyé indirectement cette liberté. Une chambre syndicale des propriétés immobilières s'est fondée à Paris ; elle groupe un grand nombre d'adhérents : il en existe de semblables dans beaucoup de départements, et dans diverses villes on a vu se créer, par une simple tolérance de l'administration, des *syndicats de locataires*, destinés à résister aux propriétaires coalisés.

(2) Rossi fut le premier à en parler en 1837. Avant lui Goupil de Préfeln avait indiqué ses préférences pour des réformes isolées et partielles (*Revue Volowski*, 1834). M. Batbie lut à l'Académie des sciences morales, les 23 et 30 décembre 1865, un *Mémoire* sur la revision du Code Napoléon (inséré dans la *Revue critique*, 1866, t. XXVIII, p. 25). Il s'ensuivit une polémique entre M. Batbie et M. Duverger (même revue, t. XXVIII à XXX). On peut voir aussi les articles de M. Gust. Rousset sur *La rédaction et la codification rationnelle des Lois*, parus dans la *Revue critique* de 1856 à 1858 (t. IX-XIII) ; de M. Barth. Joubaire, *Essai sur la revision du Code civil* (article critique de A. Sorel dans *le Droit* du 15 mars 1874) ; de M. Tarbouriech (*Revue de droit public*, sept.-octobre 1894), et Pascaud, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, Paris, 1906.

119. Vices du procédé législatif moderne. — Il faut espérer que le procédé des retouches partielles suffira longtemps encore. En effet, le système moderne de préparation des lois par des assemblées nombreuses a un vice irrémédiable, que tout le monde avoue : il s'y forme, par le croisement des groupes divers qui les composent, des majorités contradictoires qui détruisent la cohésion des textes ; de plus, la compétence technique leur fait le plus souvent défaut. Personne n'ose plus défendre le système actuellement employé pour la préparation des lois civiles : les faits sont là ; la preuve de ces défauts est acquise. On a songé à y remédier en associant plus étroitement le Conseil d'État à l'élaboration des textes. Voyez VARAGNAC, *Le Conseil d'État et les projets de réforme*, *Revue des Deux-Mondes*, 15 sept. 1892 ; EM. TARBOURIECH, *Du Conseil d'État comme organe législatif*, *Revue de droit public*, sept.-oct. 1894 ; LOUIS MICHON, *L'initiative parlementaire et la réforme du travail législatif*, Paris, 1898. La revision de nos Codes n'est souhaitable que si on adopte un procédé législatif qui assure à la loi une bonne confection, quelque chose comme ce qui s'est fait en Espagne et en Allemagne (ci-dessous, nº 143). Sur la façon de voter les lois civiles, voir les ouvrages cités par GÉNY, *Méthode*, p. 54 (1).

G. — Bibliographie.

120. Bulletin des lois. — Ce *Bulletin* est une sorte de journal destiné à enregistrer tous les actes législatifs, créé par la Convention le 14 frimaire an II (4 déc. 1793). Le premier acte publié est la loi terrible et odieuse du 22 prairial an II (10 juin 1794) qui transformait le tribunal révolutionnaire et le dispensait d'observer les lois ordinaires. Le *Bulletin des Lois*, qui forme une collection considérable, n'a jamais cessé de paraître : il donne habituellement deux volumes par an. Les recherches y sont difficiles, faute de classement et de numérotage unique. Il est divisé en séries correspondant à chaque période politique et possédant un numérotage distinct. Exemples : la quatrième série (Premier Empire jusqu'en mars 1814) a donné 566 bulletins et 10 254 numéros d'ordre ; la neuvième série (Louis-Philippe), 1 455 bulletins et 14 303 numéros d'ordre. Les citations se font ainsi : VII, B. 294, nº 6986 (septième série, 294e bulletin, nº 6986).

Les lois antérieures au 22 prairial an II ont été publiées dans la *Collection des Lois* (18 vol. in-4º, 1792 et suiv.), réimprimée en 1806 sous le titre de *Lois et actes du gouvernement depuis le mois d'août 1789 jusqu'au 18 prairial an II* (8 vol. in-8º), pour servir de tête au *Bulletin des Lois*.

121. Collections privées. — J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances... depuis 1788, par ordre chronologique.* — La série de 1788 à 1830 inclusivement a paru de 1825 à 1831 et forme 30 vol. in-8º. Depuis lors la publication se continue et donne un volume par an. C'est le plus complet de tous les recueils après le *Bulletin des Lois*.

D'autres recueils avaient été entrepris par DESENNE (1818-1826), par RONDONNEAU (1817-1819), par GALISSET (1825-1830), et n'ont pas été continués.

(1) Une habitude très fâcheuse s'est introduite dans les procédés des législateurs modernes. Elle consiste à entasser dans le même article des séries interminables de décisions. Le spécimen le plus remarquable de cet abus est le nouvel art. 8 du Code civil (L. 26 juin 1889), qui contient onze décisions différentes et deux énumérations, de sorte qu'il y a un premier 1º et un deuxième 1º, etc. — On devrait pourtant savoir que l'utilité qu'il y a à séparer les lois en articles est la commodité des citations et que cela suppose que chaque article donne une décision unique.

Les erreurs, les confusions et les non-sens sont infiniment plus nombreux dans les lois modernes que dans les anciennes. Sur les erreurs juridiques du projet Viette (1879), voyez GUILLOUARD, Louage, nº 255-257. La loi du 13 février 1889 contient une disposition finale à laquelle on n'a pas encore pu trouver d'explication. Les impropriétés de langage sont fréquentes et les principes juridiques sont souvent méconnus sans raison. Je citerai comme exemple frappant la loi du 1er mars 1898, qui sous le nom de « nantissement » a organisé une véritable hypothèque mobilière sur les fonds de commerce. Même observation pour la loi du 18 juillet 1898, sur les warrants agricoles. Comme un nouvel et remarquable exemple de la rédaction vicieuse de nos lois, on peut encore citer la loi d'amnistie du 17 décembre 1900 ; voyez sur ce sujet la note de *Sirey*, 1902. 1. 205, col. 1.

Sirey, *Lois annotées*. Publiées par le Recueil de Jurisprudence qui porte le nom de J.-B. Sirey, sous le format in-4° comme une dépendance du recueil d'arrêts. Le t. 1 contient les lois principales de 1789 à 1830. Les années 1831 à 1848 forment un volume ; 1848-1860, 2 vol. Depuis lors chaque période quinquennale donne un volume.

Dalloz. Le recueil des *Lois annotées* forme la quatrième partie du volume annuel d'arrêts et se relie avec lui. Sur ce recueil d'arrêts, voyez ci-dessous, n° 126.

Annuaire de législation française. Un recueil annuel des principales lois, accompagnées de notices, est publié depuis 1882 par la Société de législation comparée.

Lois usuelles. Des recueils, moins complets que les précédents, et comprenant seulement les plus usuelles des lois en vigueur, sont publiés comme appendice par les éditeurs des Codes Dalloz, Tripier, Rivière, Carpentier et autres. Elles se vendent même séparément. On les tient soigneusement au courant, mais on élimine au fur et à mesure les lois abrogées ; pour retrouver celles-ci, il faut se reporter aux publications périodiques de Duvergier, de Dalloz et de Sirey ou au *Bulletin des Lois*.

Si l'on veut se faire l'idée des services que rendent ces publications abrégées, commodes et toujours au courant, il faut lire ce que disent MM. Labadens et Rousset sur les difficultés qu'avaient jadis les magistrats à connaître les textes en vigueur, surtout dans les petites villes (*Revue critique*, 1855, t. VI, p. 355 ; 1856, t. IV, p. 332, note 1).

§ 2. — *La jurisprudence.*

122. Définition et importance. — On appelle « jurisprudence » la façon dont les lois sont interprétées par les tribunaux. Comparé au rôle du législateur, le rôle du juge semble modeste : en réalité il est presque égal. En effet, la loi n'a de valeur que *si on l'applique* et *par la façon dont on l'applique*. Or il y a un fait universel et inévitable : l'interprétation des lois par l'autorité judiciaire fournit mille occasions de modifier la règle légale, et parfois même le juge en arrive à paralyser les volontés du législateur (1).

123. Ses caractères propres. — La jurisprudence présente des caractères qui lui sont propres. Elle ne travaille pas à la façon des écrivains ou des professeurs qui exposent leurs idées sous une forme synthétique et coordonnée, qui construisent des *systèmes* sur des *ensembles de matières*. Les tribunaux statuent au jour le jour, sur les points qui leur sont soumis, et qui sont presque toujours des *questions de détail*, en tous cas des questions *isolées* les unes des autres. De plus, une des grandes règles de notre organisation judiciaire veut qu'un tribunal ne soit jamais lié par les décisions qu'il a rendues précédemment ; il peut toujours changer d'avis. A plus forte raison n'est-il pas lié par les décisions rendues par d'autres tribunaux, même supérieurs en degré, sauf ce qui sera dit plus loin (au n° 205), dans un cas particulier, sur le rôle de la Cour de cassation. Il résulte de là une *grande variété;* les décisions de la jurisprudence, qui sont extrêmement nombreuses, sont très souvent en contradiction les unes avec les autres.

124. Fixité de la jurisprudence. — Néanmoins la jurisprudence finit toujours par arriver à des solutions fixes, et cela pour une double raison.

1° En cas de conflit entre les tribunaux, c'est la *Cour de cassation* qui a le dernier mot. Quand une question de droit nouvelle et douteuse s'élève, sur laquelle les opinions sont divergentes, l'affaire peut toujours être déférée à la Cour de cassation, et celle-ci, toutes

(1) Tout le monde connaît les jugements retentissants rendus par le Tribunal civil de Château-Thierry, sous la présidence de M. Magnaud, et qui ont été publiés en 3 volumes. Ce que faisait M. le président Magnaud avec éclat, beaucoup de tribunaux et la Cour de Cassation le font à l'occasion, sans le crier si haut. M. Magnaud a même pu reprendre à son compte, non sans malice, une phrase de M. Ballot-Beaupré, pour justifier un jugement qui condamnait une femme adultère à un franc d'amende avec sursis. Il veut, comme le disait M. le Garde des Sceaux Vallé à l'occasion du centenaire du Code civil « élargir » le droit. Voyez le jugement du Tribunal de Château-Thierry, du 11 novembre 1904, dans *la Loi*, du 25 décembre 1904. — Comp. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse, Paris, 1904.

les fois que le procès arrive jusqu'à elle, possède le moyen d'*imposer sa manière de voir* aux autres tribunaux. Ceci sera expliqué plus longuement au nº 205.

2º Les corps judiciaires, quels qu'ils soient, ont une *tendance à se créer une tradition*, à statuer toujours dans le même sens, quand ils ont une fois adopté une opinion.

Sous l'action combinée de ces deux influences, l'une de fait, l'autre de droit, on voit se produire dans la jurisprudence de véritables courants, qu'on ne peut pas remonter ni détourner. On dit alors que la jurisprudence est « fixée », ou qu'elle est « faite ». Ce phénomène universel, bien connu des gens de justice, fait qu'au Palais les avocats recherchent toujours avec soin s'il existe déjà des arrêts en leur faveur ; plus ils en ont, plus ils sont sûrs du succès. Aussi dit-on qu'au Palais on *compte* les arrêts, tandis qu'à l'École on les *pèse*. — Les changements de jurisprudence sont d'ailleurs dangereux, à cause de l'effet rétroactif qui se produit sur les intérêts et les contrats des particuliers (Gény, *Méthode*, p. 430-434 ; Lambert, *Droit commun législatif*, p. 20).

125. Résultats généraux de la jurisprudence moderne. — Il ne suffit pas de savoir la façon dont se forme la jurisprudence, il faudrait aussi en connaître les résultats généraux. Il ne saurait être question ici que d'une appréciation sur l'ensemble de son œuvre ; le détail serait trop long et les principaux points seront expliqués à leur place. On peut dire que la jurisprudence a eu une allure très inégale dans l'interprétation des textes. Elle s'est montrée *tour à tour très hardie et très timide*. On l'a vue parfois se croire liée d'une manière si étroite qu'elle négligeait les moyens qu'on lui proposait pour arriver à une solution plus équitable ou plus utile ; d'autres fois elle est parvenue, par des moyens détournés, à paralyser l'effet de dispositions qu'elle jugeait mauvaises, et on a pu dire que sa hardiesse ne le cède guère aux réformes tant vantées du Préteur romain (Tarbouriech, *Du Conseil d'État comme organe législatif*, p. 3. Comp. Célice, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire*. Discours de rentrée, Aix, 1888). — Un des plus frappants exemples est l'évolution de la jurisprudence arrivant peu à peu à rendre les rentes sur l'État saisissables, malgré les lois de l'an VI et de l'an VII qui les déclarent insaisissables (Cass. 2 et 15 juill. 1894, note de M. Glasson, D. 94. 1. 497). On peut citer encore ses progrès en matière de *substitutions*, fort bien exposés par M. Lambert (*De l'exhérédation*, p. 593 et suiv.). Voyez les tables du présent volume et des suivants au mot *Jurisprudence*.

Une autre partie de sa tâche a consisté à *régler différentes matières que la loi n'avait pas prévues* : les assurances terrestres, les rapports entre patrons et ouvriers, l'emphythéose, le contrat d'édition, etc.

126. Bibliographie. — Il existe plusieurs grands recueils de jurisprudence qui paraissent par *cahiers* et donnent chacun un ou deux volumes par an. Quelques-uns sont désignés par le nom de leurs fondateurs.

Sirey. Fondé par J.-B. Sirey, continué ensuite par Devilleneuve et Carette, sous le nom desquels on le cite quelquefois, contient la jurisprudence depuis 1791. La tête de la collection (arrêts de 1791 à 1830) a été abrégée vers 1840 et refondue en 9 vol. in-4º. La collection complète, étant en partie épuisée, va être refondue et abrégée en 20 volumes de 1791 à 1900 (sept volumes parus). Chaque volume est divisé en trois parties : I. Arrêts de la Cour de cassation ; II. Arrêts des Cours d'appel et des tribunaux ; décisions du Conseil d'État ; III. Lois et décrets (qui se relient à part). Il existe en outre 4 volumes de tables générales jusqu'en 1850 et un volume de tables tous les dix ans depuis 1850. Cahiers mensuels.

Journal du Palais. Publié depuis l'an IX, 2 vol. in-8º par an. Fusionné en 1865 avec le « Sirey » ; tous deux donnent les mêmes arrêts et les mêmes dissertations ; la différence de format a elle-même disparu en 1895.

Dalloz. Ce recueil a été commencé par Dénevers, greffier de la chambre civile, en l'an XII. Dénevers publia, en outre, en 1809, un volume contenant les principaux arrêts de 1789 à l'an XII. La publication fut continuée par différents greffiers de la Cour, et le nom de Dalloz apparaît en 1822. Le *Dalloz* publie annuellement un volume in-4º, mais la collection courante ne remonte qu'à 1845 ; la période antérieure est épuisée et rare. Il est accompagné de Tables (Tables de vingt-deux ans, 1845-1867, 2 vol. Tables décennales depuis lors, 5 vol.). Cahiers bimensuels.

Pandectes françaises. Recueil fondé en 1886 sur le modèle du Sirey et du Dalloz. La jurisprudence antérieure (1850 à 1886) a été refondue en abrégé, en 6 vol. in-4°, sous le nom de *Pandectes chronologiques*, par M. Ruben de Couder. Cahiers mensuels. Fusionné en 1908 avec le *Sirey*.

Gazette du Palais et du Notariat. Recueil mensuel ; le t. Ier correspond à l'année judiciaire 1881-1882. Elle donne actuellement deux volumes in-4° par an.

De grands journaux quotidiens, de même format que les journaux politiques, *la Gazette des Tribunaux*, *la Loi*, *le Droit*, donnent les arrêts intéressants aussitôt qu'ils sont rendus.

Enfin la Cour de cassation et beaucoup de Cours d'appel ont leurs recueils particuliers (Alger, Amiens, Douai, Lyon, Nancy) ou communs à deux d'entre elles (Caen et Rouen, Angers et Rennes, Riom et Limoges), ainsi que les grands tribunaux de commerce qui ne siègent pas au même lieu qu'une Cour d'appel (Marseille, Le Havre, Nantes). On trouve sur ces recueils quelques renseignements déjà anciens dans Camus, *Profession d'avocat*, 5e édition par Dupin, t. II, nos 2570 et suiv. Le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* commence à l'an VII ; il forme actuellement une collection de plus de 200 volumes, en deux séries, civile et criminelle, et sort de l'Imprimerie nationale.

Recueil des sommaires. L'éparpillement des décisions de justice dans tant de recueils ou journaux en rend la recherche presque impossible aux jurisconsultes et aux gens d'affaires. Aussi comprend-on le succès du *Recueil des sommaires*, qui donne *toutes* les décisions publiées avec l'indication des périodiques où elles se trouvent. Fondé en 1894, les premières années sont épuisées et introuvables.

Discours et plaidoyers. Un assez grand nombre de discours, de plaidoyers et de réquisitoires ont été publiés. On en trouvera une liste dans le Catalogue annuel de la maison Marchal et Billard, *Bibliographie générale*, v° Barreau. Il faut signaler ceux de MM. Allou (1884), Barbier (1888), Barboux (1889-1894), Jules Favre (1892), Laurier (1885), Paillet (1881) et Rousse (1884).

Quant à la jurisprudence administrative, qui intéresse souvent le droit civil, pour la propriété foncière, les dons et legs, les noms des personnes, etc., les principaux arrêts du Conseil d'État sont publiés par les recueils généraux du *Sirey*, du *Dalloz* et autres ; mais il existe pour elle un recueil spécial beaucoup plus complet, sous le titre *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux* (la formule a varié), entrepris en 1821 par Macarel, continué par divers ; l'année 1900 forme le t. 70. Il existe six volumes de tables.

Dans presque tous les recueils, les arrêts publiés sont accompagnés de Notes bibliographiques et critiques. Voyez sur ce sujet Meynial, *Les Recueils d'arrêts et les arrêtistes* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 173) ; G. Cohendy, *La méthode d'un arrêtiste au XIXe siècle*, *Labbé*, thèse, Lyon, 1910.

§ 3. — *La doctrine.*

127. Son importance. — La doctrine (définie ci-dessus, n° 52) joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique, et ce rôle est considérable (1) ; c'est elle qui donne l'orientation ; elle prépare de loin beaucoup de changements de législation et de jurisprudence par l'influence de l'enseignement. Même quand elle est fixée, la doctrine ne constitue pas une *source du droit* comme la jurisprudence, parce que les commentateurs ne possèdent aucun pouvoir de contrainte. Cependant c'est dans leurs livres, c'est par eux et par l'enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et qu'on appelle la *tradition*.

(1) Les questions de droit sont souvent portées au théâtre (Félix Moreau, *Le Code civil et le théâtre contemporain*, Paris, 1887, et la réponse aigrelette de Brunetière, *Revue des Deux Mondes*, 1er novembre 1887). — Voyez aussi beaucoup de pièces récentes, principalement celles de M. Paul Hervieu, ancien élève de la Faculté de Paris.

128. Ancienne méthode de la doctrine. — Dans le cours du XIXe siècle, la doctrine a subi des transformations considérables de *tendance* et de *méthode*. Au XVIIe et au XVIIIe siècles, les gens qui écrivaient des traités de droit, professeurs, magistrats, n'avaient pas, en général, à commenter des textes d'une rédaction précise et détaillée. Les coutumes étaient pour la plupart fort brèves. La principale, la coutume de Paris, ne comptait que 362 articles. De plus elles ne réglaient qu'un petit nombre de matières, et les principales parties du droit civil n'étaient pas traitées du tout ou bien l'étaient fort sommairement en quelques articles. Le plus long titre de la coutume de Paris portait sur les fiefs (72 articles). Les successions avaient 46 articles, les donations 17, les testaments 10. Sur ces trois dernières matières le Code compte près de 400 articles, complétés par quelques lois indépendantes Sur les hypothèques, sur les obligations, on ne trouvait que des dispositions isolées, clairsemées. Beaucoup d'articles des coutumes portaient sur des détails secondaires, sur des questions de forme ou de procédure. Les choses importantes s'y trouvaient rarement, et quand elles y étaient, la rédaction en était souvent flottante et embarrassée. De là une méthode particulière pour les études doctrinales. Quiconque voulait faire autre chose qu'un simple exposé de jurisprudence, et donner un système, un corps de doctrine synthétique, dominé par des principes, allait demander des principes au droit romain, parce que le droit romain était seul à posséder une valeur et une méthode scientifiques. Cette forme nécessaire de l'ancienne doctrine juridique est de plus en plus sensible à mesure qu'on s'élève des simples compilations aux grandes œuvres des Dumoulin, des d'Argentré, des Domat : ceux-ci étaient tous des romanistes.

129. Transformation opérée par la Révolution et le Code civil. — Après l'apparition du Code civil, les choses changèrent. On possédait désormais un texte réunissant toutes les qualités qui jusque-là avaient appartenu exclusivement à la législation de l'époque romaine. Il était complet, se suffisant à lui-même ; il était clair et bien rédigé, dans le vrai style législatif, précis, net, impérieux, au lieu de la forme un peu lâche du vieux français des coutumes ; enfin il contenait une doctrine, des principes nouveaux ; il avait son esprit propre, ses tendances à lui. D'autre part, tous les travaux antérieurs ne pouvaient plus servir ; les arrêts de la jurisprudence ancienne perdaient leur autorité. De là pour les premiers auteurs qui commentèrent le Code civil une méthode toute nouvelle, qui fait que leurs livres ne ressemblent en rien à ceux de leurs prédécesseurs. Ils se mirent à étudier le Code civil en attachant à ses termes une vertu particulière. Le texte prit une importance énorme, que n'avait pas eue celui des ordonnances et des coutumes. Comme ses articles étaient nombreux, on se mit à faire entre eux des combinaisons variées ; on les expliquait les uns par les autres, tantôt pour les restreindre, tantôt pour les étendre. Tout un système de raisonnements serrés, fins, ingénieux sortit de là, produisant par la combinaison des textes des résultats considérables, échafaudant des théories compliquées, imprévues ; toutes choses qu'on n'avait jamais obtenues autrefois qu'à l'aide des textes du Digeste et du Code de Justinien.

En outre, ces premières générations de commentateurs, qui avaient été témoins de l'écroulement de l'ancien régime et du renouveau qui avait suivi, furent victimes d'une illusion bien naturelle. Ils s'imaginèrent que le Code était quelque chose de tout neuf, *sans attache avec le passé*, et ils le commentèrent en l'isolant de tout le reste, comme s'il était tombé du ciel (1). La science juridique moderne se renferma ainsi dans la contemplation du Code seul, avec une sorte de superstition pour son texte. C'était appliquer à l'étude des lois un procédé tout à fait *factice*, une méthode *purement dogmatique* (2). Cette école a du reste produit des œuvres remarquables ; elle a réussi à épuiser la matière et à tirer du Code ainsi compris tout

(1) Voyez cependant VALETTE, *De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789*, brochure, 1872.

(2) Il est tout à fait remarquable que la publication du Code civil allemand a produit le même phénomène : la nouvelle littérature juridique de l'Allemagne a, comme l'ancienne école des interprètes du Code français, « une tendance marquée à ne pas sortir des textes législatifs, à isoler le système législatif en vigueur de ses précédents historiques, à couper les racines qui le rattachent au milieu social dans lequel il s'est formé » (LAMBERT, *Droit commun législatif*, p. 94).

ce qu'il pouvait donner. Comparez CHARMONT et CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 131).

130. Premiers ouvrages sur le Code civil. — Jaloux de son œuvre, Napoléon aurait été fort heureux de voir les commentateurs s'abstenir d'altérer l'esprit de son Code. Lorsqu'il vit paraître le premier commentaire, celui de Maleville, il s'écria : « Mon Code est perdu ! » (*Revue critique*, 1856, t. IX, p. 352, note 1). Mais les commentaires ne tardèrent pas à se multiplier (1).

MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 1805-1821, 4 vol. Clair, mais peu profond, bientôt éclipsé par l'ouvrage de Toullier.

TOULLIER, professeur à Rennes, fut le premier commentateur du Code civil. Il a laissé un traité incomplet, en 14 volumes, qui commencèrent à paraître en 1811. Il s'arrêta à l'art. 1851. L'ouvrage fut continué plus tard par DUVERGIER. La sixième et dernière édition parut en 1844-1848. Le travail de Toullier est plus remarquable par la forme et par le style que par la rectitude des décisions ; les premiers volumes surtout sont insuffisants. La meilleure partie est celle des *obligations*.

DELVINCOURT, doyen de la Faculté de droit de Paris, *Cours de droit civil*. Ouvrage élémentaire, d'abord en deux, puis en trois volumes. Cinq éditions de 1813 à 1824.

DURANTON, professeur à la Faculté de droit de Paris, *Cours de droit français suivant le Code civil* (22 vol. ; quatre éditions de 1825 à 1844). Ce fut un grand succès ; c'était le premier ouvrage long et complet sur le Code Napoléon.

TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*. Ouvrage entrepris en 1833 pour faire suite à celui de Toullier (à partir de l'article 1851). Les donations et le contrat de mariage ont été traités ensuite, mais l'ouvrage n'a jamais été achevé. En tout 27 vol. Cette publication, plus brillante que solide, est très négligée aujourd'hui. On a pu dire d'elle qu'elle était le « roman du droit ». Troplong n'avait pas fait ses études de droit et n'était pas licencié.

MARCADÉ et PAUL PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (12 vol.). Les deux premiers volumes ont paru en 1842 ; il y a eu plusieurs éditions, en nombre inégal pour les différentes parties, qui se vendent séparément. Ouvrage remarquable à certains égards, malheureusement écrit sous une forme agressive, dans la partie due à Marcadé. Cet auteur a exercé une grande influence sur la confection du Code roumain (ALEXANDRESCO, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 197, 202, etc.).

131. Ouvrages usuels. — Nous n'indiquerons ici que les ouvrages généraux. Les traités spéciaux sur des matières particulières seront signalés dans le corps du traité, à propos de la matière qui en fait l'objet. Actuellement quatre ouvrages principaux sont dans toutes les mains :

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil* (4e édition, 1869-1876, 8 vol. in-8o). Cet ouvrage, qui restera le chef-d'œuvre de la science française en ce siècle, a pour origine un manuel allemand, publié en 1808 par Charles Salomon Zachariæ, professeur à Heidelberg. Ce manuel, souvent réimprimé en Allemagne, fut d'abord non pas *traduit*, mais *imité*, par MM. Aubry et Rau, alors professeurs à Strasbourg, plus tard conseillers à la Cour de cassation (1re édit., 1838-1847, 5 vol.). Peu à peu ils le retouchèrent, l'agrandirent, le remanièrent, au point d'en faire un ouvrage absolument personnel. Leur traité, résultat d'une collaboration de plus de quarante ans, qui n'en a nulle part détruit l'homogénéité, est surtout remarquable par son plan original, tout à fait indépendant de l'ordre de la loi ; par sa méthode rigoureuse, par la rédaction concise et sûre d'un texte dont tous les mots ont été pesés. — Une 5e édition, entreprise par MM. G. RAU et FALCIMAIGNE, continuée par M. BARTIN, est en cours de publication. On a conservé le numérotage du texte et des notes, de sorte que les renvois faits à la 4e édition servent pour la 5e.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*. — L'auteur, doyen de la Faculté de Caen, a laissé son ouvrage inachevé, bien que très long : en 31 volumes, il n'a pu aller que jusqu'à l'art. 1386

(1) Sur *La Renaissance des études juridiques en France sous le Consulat*, voyez HENRI HAYEM, dans la *Nouvelle Revue historique*, année 1905.

C'est une série de traités séparés, dans l'ordre du Code ; le tome 1er a paru en 1844 ; presque tous en sont à leur 6e édition. M. GUILLOUARD, professeur à Caen, a entrepris une suite de traités destinés à compléter l'œuvre de M. Demolombe.

M. Demolombe se recommande par des qualités tout à fait différentes de celles qui distinguent MM. Aubry et Rau. Beaucoup moins précis et méthodique, il s'inspire davantage des besoins de la pratique ; il est moins rigoriste, il raisonne moins étroitement d'après les textes, et admet plus volontiers des tempéraments et des exceptions. Malheureusement il eut, surtout vers la fin, une tendance à abuser du développement et à écrire des volumes peu remplis. Il négligeait aussi de tenir son ouvrage au courant des progrès de la jurisprudence et de la doctrine, se bornant à insérer çà et là quelques renvois aux arrêts principaux, sans modifier ses propres développements. Ces deux ouvrages ont d'ailleurs exercé, pour des raisons différentes, une influence considérable sur la jurisprudence. Ils ont été les deux plus hautes *autorités* que les avocats pussent citer devant la justice.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code civil*, 1re édit., 1849-1873, 9 vol. Une 3e édition a été entreprise en 1895. Cet ouvrage, plein d'aperçus originaux et d'observations utiles, est le développement d'un simple programme de cours publié en 1830, par M. A.-M. Demante, professeur à la Faculté de Paris. Il a été continué à partir de l'art. 980 par Colmet de Santerre.

LAURENT, professeur à Gand, *Principes de droit civil français*. Ouvrage belge, complet en 33 vol. Ce travail remarquable, vigoureux, toujours intéressant à consulter, plein d'idées et de raisonnements nouveaux, n'a pas obtenu en France la même faveur que les précédents. L'auteur, qui a énormément écrit, s'est sans doute fait beaucoup aider, et son travail n'est pas assez mûri. Les contradictions n'y sont pas rares, et c'est en somme un guide dangereux. D'ailleurs il interprète les lois d'une manière si étroite que la pratique s'en accommoderait fort mal. Pour lui le texte est tout, les solutions injustes ou fâcheuses ne l'effraient pas ; il applique imperturbablement ce qu'il croit être la pensée du législateur. C'est le fruit d'une réaction exagérée contre la tendance trop facile de M. Demolombe et de son école.

Quelques ouvrages plus récents tendent à supplanter les précédents qui commencent déjà à vieillir. Ce sont, par ordre de dates :

THÉOPH. HUC, ancien professeur à Toulouse, Conseiller à la Cour de Paris. *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (15 vol. in-8°, de 1892 à 1903).

BAUDRY-LACANTINERIE [sous la direction de M.], doyen de la Faculté de droit de Bordeaux. *Traité théorique et pratique de droit civil*, par un groupe de professeurs des Facultés de droit. Se publie, depuis 1895, sous la forme de traités isolés qui se vendent séparément et dont plusieurs ont déjà eu trois éditions : *Les Personnes*, par M. HOUQUES-FOURCADE ; *Les Biens*, par M. MAXIME CHAUVEAU ; *Les Successions*, par M. WAHL ; *Les Donations et Testaments*, par M. MAURICE COLIN ; *Les Obligations*, par M. BARDE ; *La Vente*, par M. SAIGNAT ; *le Louage, la Société, les Contrats aléatoires*, par M. WAHL ; *Le Contrat de mariage*, par MM. LE COURTOIS et SURVILLE ; *Le Nantissement, les Privilèges et Hypothèques*, par M. DE LOYNES ; *La Prescription*, par M. TISSIER ; 29 volumes en tout.

CHARLES BEUDANT, ancien doyen de la Faculté de droit de Paris, *Cours de droit civil français*, publié par son fils, M. ROBERT BEUDANT, professeur à l'université de Grenoble. Le tome 1er a paru en 1896.

Pour les rapports du droit civil avec la législation fiscale, voyez GABRIEL DEMANTE, *Les principes de l'enregistrement*, 4e édit., 1888-1889, 2 vol.

Signalons FDM. PICARD, *L'évolution historique du droit français*, syllabus du cours professé à l'Université nouvelle de Bruxelles, 3e édit., Bruxelles, 1898, 100 p. in-8° (Curieux compte rendu, par G. BLONDEL, *Revue historique*, 1899, t. XXIII, p. 337).

132. Recueils anonymes. — A côté de ces ouvrages individuels, dus tout au plus à la collaboration de deux écrivains, il faut placer les grands recueils anonymes, exigeant la collaboration de nombreuses personnes et rédigés sous la forme de *Répertoires alphabétiques*.

Le plus ancien (1) est le grand RÉPERTOIRE DE DALLOZ, appelé souvent *Dalloz alphabé-*

(1) Je ne parle ici que des collections postérieures à la codification. Pour les recueils anté-

tique, et de son nom véritable : *Jurisprudence générale*. Cet ouvrage parut d'abord en 1835 sous le nom de *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*. La seconde édition, entreprise en 1844, sous le nom de *Répertoire méthodique*, est un ouvrage immense en 44 vol. in-4° qui a été terminé en 1869. Un *Supplément*, en 19 volumes, a paru de 1887 à 1897. On y trouve sous une forme commode le résumé de tout ce qui a été dit en doctrine ou décidé en jurisprudence.

Le grand succès du Dalloz alphabétique a obligé les autres recueils d'arrêts à publier des *Répertoires* du même genre. L'administration du SIREY (ci-dessus, n° 126) a entrepris le sien en 1887, sous la direction de M. Fuzier-Hermann jusqu'en 1894 ; il a été achevé par MM. CARPENTIER et FRÈRE-JOUANT DU SAINT, sous le nom desquels il est ordinairement cité ; les PANDECTES FRANÇAISES (ci-dessus, n° 126) avaient commencé le leur dès 1886, sous la direction de M. Rivière, remplacé ensuite par M. A. Weiss.

133. Revues. — Diverses revues sont consacrées plus ou moins complètement à l'étude du droit civil. Voici les principales :

Revue de législation et de jurisprudence, plus connue sous le nom de *Revue Wolowski*, du nom d'un de ses directeurs. Les autres étaient Ortolan, Faustin Hélie, Troplong, Laboulaye, Giraud, Kœnigswarter, Nicias-Gaillard. Le premier numéro parut en octobre 1834. Elle forme 45 volumes jusqu'en 1852.

Revue critique de jurisprudence, fondée par Demolombe, Marcadé, Paul Pont et autres en 1851. Deux volumes seulement ont paru en 1851 et 1852.

Ces deux recueils fusionnèrent en 1853 sous le nom de *Revue critique de législation et de jurisprudence*, qui donnait d'abord deux volumes par an (actuellement un seul) et qui continue à paraître.

Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, qui a commencé à paraître en 1852.

Revue pratique de droit français, fondée par Demangeat, Mourlon, Ollivier, etc. Le premier numéro a paru en 1856 (2 vol. par an).

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, Le tome 1er a paru en 1877.

Revue trimestrielle de droit civil, dirigée par MM. Esmein, Massigli, Saleilles et Wahl. N° 1, janvier-mars 1902.

Bulletin de la Société d'études législatives. N° 1, février-mars 1902.

Parmi les publications périodiques qui confinent au droit civil, il faut citer la *Revue historique de droit français et étranger*, qui date de 1855 ; le *Journal de droit international privé*, fondé en 1874, par M. CLUNET ; *la Réforme sociale*, de LE PLAY, qui donne deux volumes par an depuis 1881 ; la *Revue du droit public et de la science politique*, fondée par M. LARNAUDE (n° 1, janvier 1894) ; la *Revue politique et parlementaire*, fondée par M. MARCEL FOURNIER (n° 1, juillet 1894) ; la *Revue de droit international privé*, fondée en 1905 par M. DARRAS.

Signalons enfin, parmi les anciennes revues qui ont cessé de paraître, la *Thémis*, fondée par Blondeau, Demante, Ducaurroy (10 vol., Paris, 1820-1829), et la *Revue Fœlix*, publiée en deux séries, sous le titre de *Revue française et étrangère de législation*, etc., puis sous celui de *Revue de droit français et étranger* (17 vol. de 1834 à 1850).

134. Répertoires bibliographiques. — Un bon travail de ce genre est celui de M. Dramard, président du tribunal civil d'Arbois (*Bibliographie raisonnée du droit civil*, avec une table alphabétique des noms d'auteurs, 1879). Un catalogue méthodique est publié chaque année par la maison Marchal et Billard, sous le nom de *Bibliographie générale des livres de droit et de jurisprudence*, et rend d'utiles services. Nombreuses indications bibliographiques dans les Répertoires alphabétiques signalés au n° 132.

rieurs, voyez ci-dessus, n° 43, note. MERLIN avait publié de 1812 à 1830 les quatrième et cinquième éditions de l'ancien *Répertoire* de GUYOT, refondu et mis au courant. Pour plus de détails sur diverses collections moins importantes, voyez CAMUS, *Profession d'avocat*, 5e édit., par Dupin aîné, t. II, nos 2557 et suiv.

CHAPITRE V

LE DROIT CIVIL DANS LES PRINCIPAUX PAYS ÉTRANGERS

§ 1. — *Époque antérieure au Code Napoléon.*

135. État général avant 1800. — La plupart des États étrangers sont restés jusqu'au XIXe siècle à peu près dans la même situation que la France : avec des *coutumes nationales*, d'origine obscure et lointaine, la plupart du temps vieillies et compliquées, et n'ayant en fait de principes scientifiques que ceux du droit romain (1).

136. Codifications diverses. — Les principales se firent en Allemagne. Le *Code prussien* fut entrepris par Frédéric II en 1749. Le projet fut rédigé de 1749 à 1751 par le grand chancelier Samuel von Cocceij et publié en trois volumes (*Corps de droit pour les États de S. M. le roi de Prusse.* — Traduction française par A. A. de C. et Formey, 1751, 3 vol.). Mais Cocceij mourut en 1755 ; puis la guerre de Sept ans arrêta le travail, qui ne fut repris qu'en 1780 et terminé en 1793. Le Code fut promulgué le 5 février 1794 et mis en vigueur le 1er juin, sous le règne de Frédéric-Guillaume, avec le titre : *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.* Le gouvernement français en fit faire en 1801 une traduction officielle par les membres du bureau de législation étrangère (5 vol. in-8o. Paris, Impr. de la République, an IX). — Comp. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, t. III, p. 190).

Ensuite vient le *Code bavarois* (Codex Maximilianeus bavaricus civilis), publié en 1756, rédigé par le baron de Kreitmeyer.

En *Autriche* l'élaboration du Code a été plus longue encore qu'en Prusse. Marie-Thérèse en avait ordonné la confection pour suivre l'exemple de son voisin Frédéric. Mais le premier projet, préparé par le professeur Azzoni, fut écarté en 1767, et celui qu'on lui substitua ne put être terminé qu'en 1810, promulgué le 11 juin 1811 et mis en vigueur le 1er janvier 1812. Ses auteurs furent Kees (1786), Martini et finalement Zeiller.

Signalons pour mémoire le *Code Victorien*, publié dans les États Sardes en 1723 et qui eut une seconde édition en 1770.

137. Comparaison avec le Code français. — Le Code Napoléon n'est donc pas le premier qui se fit en Europe ; mais aucun de ceux qui le précédèrent ne peut lui être comparé, même de loin. Aucun n'a été comme lui une grande œuvre de réforme et d'unification ; aucun ne possède les qualités de fond et de forme qui le distinguent. Le Code bavarois n'est qu'un résumé de jurisprudence, une sorte de tableau du droit romain, tel qu'il se pratiquait alors dans le pays. Le Code prussien est trop long, mal distribué, surchargé de détails ; les principes y sont étouffés par les décisions d'espèces. D'ailleurs ces deux Codes ne devinrent ni l'un ni l'autre la loi générale du pays, ils laissèrent subsister les statuts locaux, les coutumes provinciales, et n'eurent guère que la valeur d'un droit subsidiaire. Quant au Code autrichien, comme son achèvement est postérieur à la publication du Code Napoléon et qu'il en a fortement subi l'influence, il doit moins être considéré comme un précédent que comme un dérivé.

(1) On ne peut comparer aux codes modernes d'anciens recueils de lois qui existaient un peu partout. Ainsi les *pays slaves et scandinaves*, qui n'ont pas reçu la civilisation latine, procédèrent de bonne heure à la rédaction de compilations officielles, la Russie en 1649, le Danemark en 1683 ; mais ce sont plutôt des collections de coutumes que des lois réformatrices. Nous négligerons également les *rédactions de coutumes des pays latins*, comme celles de l'Espagne (les *Siete partidas*, de 1256 ; les *ordonnances royales de Castille*, réunies en 1488 par A. Alonzo Diaz de Montalvo, sur l'ordre de Ferdinand le Catholique ; les *lois de Toro*, de 1505, et la *Nueva recopilacion*, promulguée en 1567, par Philippe II) et celles de Portugal (*Ordenacoes Alfonsinas*, de 1456 ; *Manuelinas*, de 1514 ; *Filippinas*, de 1603).

§ 2. — *L'expansion du Code Napoléon hors de France.*

138. Le Code Napoléon dans les pays étrangers. — Des pays qui reçurent le Code français il faut faire trois parts :

1° Les territoires qui étaient réunis à la République française avant la paix d'Amiens (1802) reçurent le Code à sa promulgation comme la France propre. Cette première catégorie comprend la *Belgique*, le *Luxembourg*, le *Palatinat*, et toute la partie de la *Prusse rhénane* et de la *Hesse-Darmstadt* qui se trouve sur la rive gauche du Rhin. Plus au Sud, *Genève*, la *Savoie*, le *Piémont*, les duchés de *Parme* et de *Plaisance*.

2° Dans la suite Napoléon introduisit son Code, à mesure que ses conquêtes s'étendaient, dans un certain nombre de nouveaux pays : en *Italie* (Décr. 30 mars 1806), en *Hollande* (Décr. 18 octobre 1810), dans les *départements Hanséatiques* (Sén.-Consulte, 13 décembre 1810) et dans le *grand-duché de Berg* (Décr. 17 décembre 1811).

3° Enfin certains pays adoptèrent volontairement le Code français. Tels furent le royaume de *Westphalie* (1er janvier 1808) ; le *Hanovre*, réuni à la Westphalie en 1810 ; les grands-duchés de *Bade*, de *Francfort*, de *Nassau* ; plusieurs *cantons suisses*, la ville libre de *Dantzig*, le grand-duché de *Varsovie*; les *provinces illyriennes*, qui devinrent le royaume d'Illyrie en 1819 ; le royaume de Naples (1er janvier 1808). Pour le duché de Bade, il en a été donné une traduction officielle allemande, et il y eut diverses modifications (Anth. de Saint-Joseph, t. II, p. 30).

139. Réaction contre l'influence française. — Le Code Napoléon a joui d'une autorité et d'une force d'expansion que les codes romains ont seuls connues. Traduit dans presque toutes les langues, appuyé par une grande force matérielle et doué d'une supériorité incontestable, il semblait destiné à donner à l'Allemagne une législation uniforme lorsque les revers de Napoléon en 1812 et 1813 vinrent arrêter sa fortune. L'Allemagne la première, Savigny en tête, l'attaqua avec passion. Depuis lors, quelques-uns des États qui le possédaient l'ont répudié ; d'autres l'ont retouché.

Dans les *Pays-Bas*, une revision des lois importées de France fut entreprise aussitôt après la chute de l'Empire, mais elle n'a pu aboutir qu'en 1837 (voir ci-dessous, n° 143).

En *Suisse*, au contraire, on conserva volontiers la législation française et même on continua à l'imiter (voir ci-dessous, n° 143). Il en fut de même, ce qui est plus remarquable, dans les *pays allemands*, qui avaient donné avec tant d'ardeur le signal de la lutte suprême contre la domination de Napoléon.

Ce fut surtout en *Italie* que la réaction éclata avec violence. Les Bourbons, qui remplacèrent Murat dans le royaume de Naples, furent à peu près seuls à conserver volontiers le droit français. Ils en firent faire une sorte de calque ou de copie assez fidèle. Dans d'autres parties de l'Italie on s'en défit au contraire avec tant de hâte que l'on eut à s'en repentir et l'on se vit obligé, après avoir repris les vieilles lois du pays, d'en revenir à une législation imitée de la nôtre. Il en fut ainsi dans le duché de *Parme*, *Plaisance et Guastalla*, où un code civil fut publié dès 1820, sous le règne de l'ex-impératrice Marie-Louise. Dans le *royaume sarde*, un code civil, dit *Code Albertin*, fut publié en 1837 et mis en vigueur le 1er janvier 1838 (Vict. Foucher, *Le Code civil de Sardaigne*, 1844, 2 vol.). Ce code, qui ressemble beaucoup au Code Napoléon par sa forme extérieure et sa distribution, s'en écarte notablement pour le fond et restaure sur beaucoup de points les traditions romaines que le Code Napoléon avait abandonnées. Le Code sarde nous intéresse directement ; il a été en vigueur jusqu'en 1859 dans nos deux départements de Savoie et à Nice, et nos recueils d'arrêts ont enregistré un certain nombre de décisions rendues en conformité de ses dispositions. Voyez ci-dessous, n° 261.

En *Toscane*, on ne garda guère que le titre des Privilèges et Hypothèques (Anth. de Saint-Joseph, t. IV, p. 381). Pour le droit suivi dans les *États Romains*, voyez Pujos, *De la législation civile, criminelle et administrative des États pontificaux*, 1862, 1 vol.

140. Retour de faveur. — Ce mouvement de réaction se calma assez rapidement, et la faveur revint au Code Napoléon. Ce fut d'abord en Amérique, où l'on vit nos anciennes possessions de la *Louisiane* et de *Haïti*, en 1825 et 1826, imiter les lois françaises dans leur code ; puis en 1827, la *Grèce*, tout fraîchement émancipée du joug des Turcs, essaya de se donner un code d'après le nôtre. Les républiques de l'Amérique du Sud, surtout la *Bolivie*, l'*Uruguay*, la *République Argentine*, l'ont copié ; puis l'*Espagne*, la *Roumanie* et l'*Italie* elle-même en ont subi tour à tour l'ascendant.

141. Les résultats définitifs. — Aujourd'hui le jugement définitif de l'histoire peut être porté sur lui : il a donné le signal d'un immense mouvement de codification qui a rempli tout le XIXe siècle et qui s'est étendu à toute la terre. Rien dans les temps antérieurs ne peut être comparé à sa propagation. Il a agi d'une façon directe dans un grand nombre de pays, disséminés dans les cinq parties du monde, sur la façon même dont la codification a été exécutée et sur l'esprit qui l'a inspirée. Dans les autres, il a tout au moins été l'exemple et le stimulant qui a provoqué l'œuvre (1). Seuls les pays anglo-saxons ont conservé leur droit à l'état de coutumes et de lois éparses.

§ 3. — *Codes civils étrangers.*

142. Bibliographie générale. — ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2e édit., 1856, 4 vol. in-8°. — AMIAUD, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique*, etc., 1884, in-8°. — SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Annuaire de législation étrangère* (texte des principales lois votées chaque année dans les pays étrangers), publié depuis 1872 ; *Tables* de 1872 à 1900, publiées en 1904.

Une bibliothèque, dite du *Comité de législation étrangère*, a été créée au ministère de la justice par M. Dufaure, en 1876. Elle est ouverte au public. Son catalogue a été publié (Paris, Impr. nationale, 1889). On le réimprime actuellement.

143. Liste alphabétique. — Les plus intéressants pour nous, parmi les codes étrangers, sont ceux de l'Italie, de la Roumanie, de l'Espagne, de la Hollande et de l'Allemagne, auxquels il faut ajouter la législation belge. Tout en signalant spécialement ces quelques pays, qui sont nos voisins, et qu'on verra souvent cités dans ce traité, il est utile de donner quelques indications sommaires sur les autres.

Allemagne (Voyez aussi *Prusse*, *Saxe*). — C'est en exécution d'une loi du 20 décembre 1873, qui déclare matière fédérale tout le droit civil, le droit pénal et la procédure, que le nouveau Code civil allemand a pu être fait (1874, nomination de la commission de rédaction ; 1887, transmission du projet au chancelier ; 1er juillet 1896, vote définitif du Reichstag ; 18 août 1896, promulgation ; 1er janvier 1900, entrée en vigueur).

Le Code civil allemand a éliminé diverses matières. Les unes l'ont été pour des motifs propres à l'empire allemand. La principale est la tenue des *livres fonciers* (voyez *Prusse*), dont le Code suppose l'existence dans plusieurs de ses dispositions, mais qui n'existaient pas partout ; ils ont fait l'objet d'une loi spéciale, en 102 articles, promulguée le 24 mars 1897. On peut citer encore l'*emphytéose*, la *chasse*, la *pêche*, les *droits féodaux*, les *censives*, etc. Les autres ont été écartées pour des raisons théoriques de portée générale. Ces dernières sont la *nationalité*, considérée comme faisant partie du droit public, et les *preuves* (y compris les *actes de l'état civil*), considérées comme matière de procédure.

La rédaction de ce code, préparée avec une sorte d'orgueil national, a été très soignée. Elle se distingue du Code français par des qualités sensiblement différentes. Les deux prin-

(1) Le tome II du *Livre du centenaire* contient d'intéressantes études sur l'influence du Code français à l'étranger (*Allemagne*, MM. CROME, KOHLER et MULLER ; *Belgique*, MM. VAN BIERVLIET et HANSSENS ; *Canada*, M. MIGNAULT ; *Égypte*, M. ARMINJON ; *Italie*, M. CHIRONI ; *Japon*, M. GORAÏ ; *Luxembourg*, M. RUPPERT ; *Monaco*, M. DE ROLLAND ; *Pays-Bas*, M. LASSER ; *Roumanie*, M. DISSESCOU ; *Suisse Romande*, M. A. MARTIN).

cipales sont l'*esprit scientifique* et l'*esprit pratique*. Le premier a produit surtout une méthode particulière de rédaction : on a essayé de suivre un ordre rigoureux dans la distribution des matières et de placer en tête de chacune d'elles des formules générales assez compréhensives pour embrasser même les hypothèses non prévues, et on s'est efforcé d'établir entre toutes les dispositions du Code une subordination logique aussi parfaite que possible (1). Le second a débarrassé la loi allemande de tout formalisme traditionnel et inutile, la réglementation et les prohibitions y ont été réduites dans la plus large mesure possible. Il n'est cependant pas sans défaut, et l'admiration qu'il avait provoquée à son apparition est mitigée par bien des critiques. Voyez notamment LAMBERT, *Droit commun législatif*, p. 90-91 (2).

Édition spéciale pour l'Alsace-Lorraine avec traduction en regard, par GRUBER (2e édit., Strasbourg, 1900). Traductions françaises, par RAOUL DE LA GRASSERIE, Paris, 1897, et par O. DE MEULENAERE, Paris, 1897. Une autre traduction annotée, par le Comité de législation étrangère du ministère de la justice, est en cours de publication ; entreprise par M. BUFNOIR, elle a été faite par MM. SALEILLES, CHALLAMEL, GÉNY, LÉVY-ULMANN et DRIOUX ; les tomes I à III ont paru. — Pour le droit antérieur, voir ERN. LEHR, *Éléments de droit germanique* (Allemagne et Autriche), 1892, 2 vol., et AL. BRAUN, HEGENER et VER HEES, *Traité pratique de droit civil allemand*, Bruxelles, 1893, ouvrage intéressant accompagné de cartes. — Sur le nouveau Code civil, voir BARRE, *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, traduction française par Hartmann, 2e édit., 1889, in-8o ; BUFNOIR, dans le *Bulletin* de la Société de législation comparée de février 1889, t. XVIII, p. 144 et suiv. ; SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 3e édit., 1914 ; C. CROME, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code français* (*Livre du Centenaire*, t. II, p. 587) ; SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904. Parmi les ouvrages en langue allemande, il faut citer celui de PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. Ier, 1898. — Les *motifs* du nouveau code ont été publiés en 5 volumes in-8o, Berlin et Leipzig, 1888. M. de la Grasserie a fait précéder sa traduction d'une notice intéressante et y a ajouté la loi sur les livres fonciers et la loi sur la vente et l'administration forcées.

Amérique du Nord. Voyez *Canada, États-Unis, Mexique.*

Amérique du Sud et Centrale. — A la suite de leur émancipation, la plupart des républiques de l'Amérique du Sud s'empressèrent de se donner des codes nationaux, comme pour affirmer leur indépendance, et elles en empruntèrent les éléments au Code Napoléon. Mais ces législations improvisées furent éphémères, et l'on reprit vite (sauf en Bolivie) l'ancien droit espagnol qui avait de tout temps régi ces contrées. On trouve la formule usuelle de cet état du droit dans un livre (*Manual del abogado americano*, 1827) par Don Joachim Escriche, avocat à Madrid (analysé dans ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 1-29). Depuis lors des codes nouveaux ont été publiés presque partout. En voici la liste par ordre de dates : BOLIVIE. Rédaction, 1843 ; mise en vigueur, 18 novembre 1845 ; copie du Code

(1) L'ordre du Code allemand est très différent de l'ordre du Code français. La matière des *successions* a été rejetée à la fin, parce qu'elle suppose tout le reste connu. On a placé en tête un large ensemble de *dispositions générales*, qui dominent toutes les matières du droit ; ce procédé allège considérablement la marche dans la suite. Le *droit des obligations* précède le *droit des choses*. Enfin la règlementation de *la famille* a été soigneusement distinguée des règles générales relatives aux personnes. L'ordre est donc celui-ci : 1o Dispositions générales (art. 1 à 240) ; 2o Obligations (art. 241 à 853) ; 3o Droits réels (art. 854 à 1296) ; 4o Famille (art. 1297 à 1921) ; 5o Successions (art. 1922 à 2385). — On peut dire que les deux pays se partagent les inconvénients et les avantages de deux systèmes opposés, mais incomplets : en France, où le Code est conçu sur un plan essentiellement pratique, l'enseignement suit la même marche et s'attache rarement à présenter une exposition méthodique des matières juridiques ; en Allemagne, où le Code est sorti directement de l'enseignement purement théorique des Universités, le législateur s'est astreint à suivre cette méthode ardue, ce qui est bien inutile dans un Code. Législateurs ou professeurs poursuivent des buts différents : à chacun sa méthode.

(2) M. Lambert reproche surtout au Code allemand l'abus des dispositions abstraites et théoriques, les formules compliquées et obscures, l'emploi d'une langue inaccessible aux profanes. Et, comme il reconnaît en même temps que le fond est encore plus allemand que la forme, il est à prévoir que ce code, malgré son haut mérite, n'aura pas, hors des frontières de l'Allemagne, la même influence que le nôtre.

français ; mais l'influence du clergé catholique y a fait retoucher certains points, tels que la célébration du mariage et la rédaction des actes de l'état civil. — PÉROU, 28 juillet 1852. Résumé analytique par R. de la Grasserie, 1896, in-8°. — CHILI, 14 décembre 1855, en vigueur depuis le 1er janvier 1856. Résumé analytique par R. de la Grasserie, 1896, in-8°. — URUGUAY. Mise en vigueur le 1er janvier 1869. — RÉPUBLIQUE ARGENTINE. Mise en vigueur le 1er janvier 1871. Réformé partiellement en 1883. — VENEZUELA. Mise en vigueur le 27 février 1873. Résumé analytique par R. de la Grasserie, 1897, in-8°. Sa revision est à l'étude ; le projet a été soumis au Sénat en 1915. — COLOMBIE. Le Code civil, qui date du 26 mai 1873, a été déclaré applicable à toute la République par une loi du 15 avril 1887 (*Ann. étr.*, XVII, p. 948). — GUATEMALA. 1877, réformé en 1882. — HONDURAS. 27 août 1880. — SALVADOR. 10 novembre 1880. — COSTA RICA. Mise en vigueur le 1er janvier 1888. — BRÉSIL. Inachevé. Le projet remonte à 1859. Préparé d'abord par le Dr Freitas, puis par M. Nabuco de Aranjo, terminé en 1881 par le Dr Felicio dos Santos, il a été soumis en 1882 à une commission. Un autre projet a été demandé à M. Cœlho Rodrigues (*Ann. étr.*, XIX, p. 1913 ; XX, p. 931). Il est aujourd'hui soumis au Sénat et le vote définitif est prochain ; on espère le terminer en 1914.

Angleterre. Voyez *Grande-Bretagne.*

Argentine (République). — Voyez *Amérique du Sud.*

Autriche-Hongrie. — Le *Code civil autrichien*, qui a été entrepris au milieu du XVIIIe siècle, est cependant postérieur au nôtre puisqu'il n'a été terminé qu'en 1810 (ci-dessus, n° 136). Une traduction française du Code civil de l'Empire d'Autriche, devenue rare, a été donnée par De Clercq en 1837. Sur le droit autrichien, voir ERN. LEHR, *Éléments de droit germanique.* Sur l'origine et le développement du Code autrichien, voyez E. TILSCH, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, année 1911.

En *Hongrie*, l'ancien droit coutumier subsiste toujours, modifié par différentes lois spéciales. Un Code civil est projeté depuis 1848. En 1873, la commission nommée par le gouvernement a refusé d'accepter le Code autrichien ; le projet, préparé en 1882, conserve le droit national.

Belgique. — Ce pays, s'étant séparé de la Hollande en 1830, avant la mise en vigueur du Code néerlandais (1), a conservé le Code français. Une revision générale a été entreprise, qui a donné lieu à un *Avant-projet*, de LAURENT (1882, 5 vol.), mais ce projet a été abandonné, le tempérament radical du réformateur gantois ayant effrayé la majorité parlementaire. Comp. HERMAN DE BAETZ, *Critique sur l'Avant-projet*, Gand, 1882. Une commission a été instituée (15 nov. 1884) pour en préparer un autre (A. LAINÉ, *Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, t. XIX). — Jusqu'à présent la réforme la plus considérable que la législation française ait subie en Belgique est la loi *hypothécaire* (16 déc. 1851) qui a remplacé tout le titre XVIII du livre II du Code civil (art. 2092 à 2203). Pour les modifications antérieures à 1856, voyez ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 52-67. Il existe en Belgique comme en France des recueils des lois en vigueur (édit. LE COURT, DELEBECQUE et HOFFMAN, SERVAIS, etc.). Voir aussi BELTJENS, *Code civil belge annoté*, 1 vol. 1881 ; BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, 1891 et suiv., 4 vol. in-4°. Du même, *Code de procédure; Constitution belge*, etc. — Voyez PICARD et LARCIER, *Bibliographie... du droit belge*, 1890.

Brésil. — RAOUL DE LA GRASSERIE, *Lois civiles du Brésil*, 1897, 1 vol. Voyez *Amérique du Sud.*

Bulgarie. — La Bulgarie, encore soumise en principe au Code civil ottoman, travaille à se donner une législation nationale. Voyez les *Annuaires* de la Société de législation comparée, et spécialement t. XIX, p. 860, et t. XXVIII, p. 680. Voyez aussi le *Catalogue* de la Bibliothèque du Comité de législation étrangère, *Supplément*, 1902, p. 324, *Adde* YANTCHEFF, *La Bulgarie et l'étranger*, thèse, Lausanne, 1892.

Canada (Bas-). — Ancien territoire français. On y a rédigé de 1850 à 1865 un Code civil qui a été mis en vigueur le 1er août 1866. Des éléments divers s'y combinent de la façon

(1) C'est même la révolution belge qui retarda la mise en vigueur du Code néerlandais, fixée d'abord au 1er février 1831.

la plus curieuse. Ses principales sources sont la coutume de Paris de 1580, le Code Napoléon et le droit anglais. Commentaire par LORANGER (Montréal, 1873-1879, 2 vol. Renseignements historiques dans l'introduction). DE LORIMIER, *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, 16 vol. DE MONTIGNY, *Histoire du droit canadien*, 1869, 1 vol. P.-B. MIGNAULT, *Le Code civil au Canada* (*Livre du centenaire*, t. II, p. 725).

Chili. — *Le Code civil chilien*, par RAOUL DE LA GRASSERIE, 1896. — Autre traduction, par H. PRUDHOMME, Paris, 1904. — Voyez *Amérique du Sud.*

Colombie. — Voyez le *Tratado de derecho civil colombiano*, par MM. EDM. CHAMPEAU et A.-J. URIBE, dont le premier volume (De las personas) a paru à Paris en 1899. Voyez *Amérique du Sud.*

Danemark. — Il existe une codification danoise qui remonte au XVIIe siècle. Elle a été exécutée de 1661 à 1669 et promulguée le 23 juin 1863, par Christian V (ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 134).

Dominicaine (République). — Un code civil en langue espagnole a été mis en vigueur en avril 1884, pour remplacer le texte français du Code Napoléon qui régissait la République depuis 1845. Il en est une traduction littérale en 2 280 articles.

Égypte. — Code publié en 1875. AZIZ, *Concordance des Codes égyptiens avec le Code Napoléon.* Code civil, 1886-1889, 2 vol. Voir aussi *Annuaire étranger*, t. XVII, p. 820; *Livre du Centenaire*, t. II, p. 735; GRANDMOULIN, *Traité élémentaire de droit privé égyptien civil et indigène*, 1913, 2 vol.

Espagne. — Une première tentative de codification fut faite en 1846-1851. Elle échoua devant la résistance des *provinces à fueros* (Aragon, Navarre, Catalogne etc.) qui désiraient conserver leurs usages particuliers.

Le Code civil espagnol a été rédigé dans des conditions toutes spéciales qui méritent d'être indiquées. Une loi votée par les Cortès (11 mai 1888) autorisa le gouvernement à faire rédiger un projet, en lui indiquant seulement un certain nombre de principes appelés *bases*, formulés par le pouvoir législatif. La rédaction fut confiée à une commission extraparlementaire, qui publia son travail dès le mois d'octobre dans la *Gaceta* de Madrid ; mais diverses raisons, entre autres la nécessité de réparer quelques erreurs, en ont fait retarder la mise en vigueur. Une édition rectifiée fut préparée, et la *Gaceta* la publia du 25 au 27 juillet 1889. Notice et analyse par M. H. Prudhomme (*Ann. étr.*, t. XIV, p. 443). Traduction française par Levé, Paris, 1890, avec une introduction.

L'ingénieux système des *bases*, qui a permis de respecter les droits des Cortès tout en évitant les dangers et les surprises d'une longue délibération devant un Parlement, est l'œuvre de M. Alonso Martinez, ministre de la justice de 1885 à 1889. Un décret du 31 juillet 1889 a rendu le Code espagnol applicable à Cuba, à Porto-Rico et aux Philippines, où il survivra peut-être à la domination espagnole. — Les qualités de rédaction du Code français se retrouvent en grande partie dans le Code espagnol, qui s'est fréquemment inspiré du nôtre. Mais ce Code n'a pas donné à l'Espagne l'unité du droit ; il a laissé subsister le droit local (*fuero*) partout où il existe (art. 12). Sur l'état du droit civil en Espagne, voir ERN. LEHR, *Éléments de droit civil espagnol*, 1880-1890, 2 vol. ; MEDINA et MARANON, *Lois civiles d'Espagne*, 3e édit., 1891 ; CALIXTE VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, Valladolid, 1910.

États-Unis d'Amérique. — La plupart des États qui composent l'Union américaine n'ont pas de codes, mais seulement des recueils de lois, qu'on appelle des *Consolidations.* La Géorgie et la Louisiane ont été les premières à avoir de véritables codes. Le Code civil de la Louisiane est calqué sur le nôtre, mais beaucoup plus développé (3 524 articles). Anth. de Saint-Joseph l'a publié (t. II, p. 459). Cependant le goût et le désir de la codification font tous les jours des progrès. Projet de codification des lois civiles pour le district de Colombie (*Ann. étr.*, t. XIX, p. 893). Dans l'État de New-York, un projet de Code civil a été préparé en 1875 ; il a échoué devant l'opposition du barreau. D'autres ont été publiés en Californie (1872), dans le Dakota (1877), etc. — Voyez ERNEST LEHR, *Études sur le droit civil des États-Unis de l'Amérique du Nord*, Paris, 1906.

Grande-Bretagne. — La variété de législation existe, soit dans la métropole, soit dans les colonies. L'Écosse suit un droit spécial, d'origine à la fois féodale et romaine ; l'île de

Man a conservé des usages d'origine scandinave ; Jersey et Guernesey pratiquent encore la coutume de Normandie. Le droit hollandais et le droit espagnol ont laissé des traces dans diverses colonies. L'ancienne coutume de Paris se reconnaît encore dans le Bas-Canada et à Sainte-Lucie ; le Code Napoléon est resté à l'île Maurice (voir ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 206). Sur le droit anglais en général, voir ERN. LEHR, *Le droit civil anglais*, 1885 ; 2e édit., 1906 ; *Modifications apportées au droit anglais depuis* 1885, brochure par J. DUMAS (appendice à l'ouvrage de LEHR).

Grèce. — La Grèce n'a pas encore mené à bonne fin la confection de son Code civil, bien qu'elle ait entrepris ce travail dès 1827. Le roi Othon avait chargé un Allemand, nommé Maurer, de rédiger le projet d'après les principes de la législation française, mais Maurer, qui croyait avoir à se plaindre du gouvernement hellénique, quitta Athènes en emportant tous ses papiers. En 1835, une ordonnance a organisé, à titre provisoire, l'application des coutumes nationales mêlées aux anciennes lois byzantines. Peu à peu des lois spéciales ont été votées (11 février 1830, sur les testaments ; 11 août 1836, sur les hypothèques ; 20 octobre 1836, sur l'état civil ; 1er décembre 1836, sur le gage ; 21 juin 1837 sur la distinction des biens ; 15 octobre 1837, sur la majorité, etc.), mais elles restent à l'état isolé. Un projet complet, rédigé en 1870 d'après les Codes de France et d'Italie, publié en 1874, n'a pas abouti. Une commission nouvelle, nommée en 1900, prépare un nouveau projet entièrement inspiré par le Code allemand. Sur l'état de la législation en Grèce, voyez le *Bulletin* de la Société de législation comparée, session extraordinaire de 1889, p. 199-200. — Voyez *Iles Ioniennes.*

Guatemala. — Voyez *Amérique centrale.*

Haïti. — Le Code civil exécutoire depuis le 1er mai 1826, en 2 047 articles. Notice et texte dans ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 320. Édition annotée par BORNO, 1892, in-12.

Hollande. — Code civil néerlandais, entrepris dès 1814, n'a pu être terminé qu'en 1837, et mis en vigueur le 1er octobre 1838. Il allait entrer en vigueur en 1831 quand éclata la révolution belge de 1830 qui sépara les royaumes en deux. Traduction française par GUST. TRYPELS, avocat à Maestricht (*Les codes néerlandais*, Paris, 1886) ; dans l'introduction, détails intéressants sur l'histoire de la législation hollandaise. Comp. ASSER, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 817.

Honduras. — Voyez *Amérique centrale.*

Iles Ioniennes. — Le Code civil, qui date du 1er mai 1841, suit de près le Code français et le reproduit souvent textuellement ; il est resté en vigueur malgré l'annexion à la Grèce en 1864 (ANTH. DE SAINT-JOSEPH, t. II, p. 409).

Ile Maurice. — Voyez *Grande-Bretagne.*

Italie. — L'unification politique de la péninsule italienne, de 1859 à 1861, amena l'unification du droit. Un code civil général pour tout le royaume fut promulgué à Florence le 25 juin 1865, et est en vigueur depuis le 1er janvier 1866. Il a été introduit dans la Vénétie en 1872. Ce Code compte 2 159 articles, et il est, comme le nôtre, divisé en trois livres. On a retranché tout ce qui concernait la communauté entre époux, régime qui répugnait aux habitudes italiennes. On a supprimé également divers articles qui n'étaient pas à leur place dans un Code civil, tous ceux qui règlent l'effet des condamnations pénales sur la capacité civile, ainsi que les dispositions de droit international ou de procédure. En revanche, l'indivision et l'emphytéose ont été réglementées ; les règles sur la prescription et la transcription ont été développées. L'ancien esprit romain anime encore toute cette législation ; cependant les idées françaises ont exercé sur elle une influence sensible, et, comparé au Code Albertin (voy. n° 139), le Code de 1865 constitue un retour marqué vers le nôtre. — Traductions françaises : ORSIER, Paris, 1866 ; GANDOLFI, Annecy, 1868. — FRÉDÉRIC SCLOPIS, *Histoire de la législation italienne*, Paris, 3 vol., traduction française.

Japon. — On sait avec quelle rapidité, quel zèle et quel succès le Japon a adopté la civilisation européenne. En 1872, une traduction des Codes français en japonais, par M. Mitsukuri, fut pour ce pays encore neuf une véritable révélation. M. Boissonade a comparé ce fait à la restauration du droit romain par les Universités, qui fit sur l'Europe une si profonde impression. Le droit français devint pour les Japonais la *raison écrite*, et leurs tribunaux se mirent à l'appliquer comme s'il était la loi de l'État. Une législation japonaise

fut alors projetée, et la confection du Code civil fut confiée à M. Boissonade, agrégé de la Faculté de droit de Paris. Ce Code a été sanctionné et promulgué en avril 1890. La propriété, les obligations, les sûretés des créanciers et les preuves en font seules l'objet ; on a dû laisser de côté le droit des personnes, les successions et le contrat de mariage, matières pour lesquelles l'adoption du droit européen aurait trop bouleversé les coutumes nationales, et dont la réforme ne présentait pas le même intérêt politique pour le Japon. Il s'agissait surtout d'offrir aux Européens, pour leurs relations d'affaires, des institutions conformes à leurs intérêts, et d'obtenir l'abolition de certains traités qui enlevaient aux autorités japonaises la juridiction sur les étrangers. Le travail de M. Boissonade a été publié en langue française (2e édit., Tokio, 1882-1889, 5 vol. in-8o). — Sur *L'influence des Lois françaises au Japon*, voir l'article de M. G. Appert, dans le *Journal de droit international privé*, 1896, p. 515, et l'étude de M. Goraï, dans le *Livre du Centenaire*, t. II, p. 781. — Comp. G. Boissonade. *Les anciennes coutumes du Japon et le nouveau Code civil*, Acad. des Sciences morales, Comptes rendus, 1894, 1, 187 ; Glasson, Observations sur ce projet, Acad. des Sciences morales, Comptes rendus, 1862, 1, 618 ; G. Boissonade, *Revue historique de droit*, mai-juin 1889.

Louisiane. — Voyez *États-Unis d'Amérique.*

Luxembourg. — P. Ruppert, *Modifications apportées au Code civil dans le Grand-Duché de Luxembourg* (*Livre du Centenaire*, t. II, p. 793).

Mexique. — Les États de Mexico et de Vera-Cruz possèdent des Codes civils particuliers. Un Code civil, rédigé par le gouvernement fédéral en 1870, a été mis en vigueur le 1er mars 1871 dans le district fédéral, qui comprend seulement la ville de Mexico et sa banlieue, enclavées dans l'État de Mexico. Tous les États, sauf ceux de Mexico et de Vera-Cruz, l'ont successivement adopté. Il a subi une refonte en 1884. Voyez R. de la Grasserie, *Code civil mexicain*, résumé analytique, 1896, in-8o.

Monaco. — Code civil particulier depuis le 1er janvier 1885. Ce n'est pas autre chose que le Code français amélioré sur quelques points et un peu allégé (2 100 articles). Auparavant on suivait le Code Napoléon, et, avant 1859, les lois sardes. Voyez *Livre du Centenaire*, t. II, 807.

Montenegro. — Un Code civil, très original, rédigé par M. Bogisic, a été mis en vigueur, le 1er juillet 1888, mais il présente à peu près les mêmes lacunes que le Code ottoman et pour les mêmes raisons. Traduit par Dareste et Rivière, 1892 ; Commentaire par Dickel, trad. Brissaud, 1891.

Norvège. — Un Code publié en 1687 par Christian V forme encore aujourd'hui la base de la législation norvégienne. Sur l'état de cette législation avant 1856, voyez Anth. de Saint-Joseph, 2e édit., t. III, p. 1.

Pérou. — Voyez *Amérique du Sud.*

Pologne. — Dans la Pologne russe le Code Napoléon a été conservé, moins la partie relative à l'état des personnes et aux régimes matrimoniaux, qui a été modifiée en 1825. Il existe en outre une loi sur le régime hypothécaire du 6 avril 1818 (Abranski, thèse, Paris, 1912). Voir Lubliner, *Concordance entre le Code civil de Pologne et le Code civil français*, 1848.

Portugal. — Code civil promulgué le 1er janvier 1867, en 2 538 articles. Les traditions romaines y dominent entièrement ; la distribution des matières y est toute particulière. Traductions françaises par Lepelletier, 1894 ; par G. Laneyrie, et G. Dubois, Paris, Imp. nationale, 1896, in-8o.

Prusse. — Sur l'ancien Code prussien, voyez no 136. A signaler spécialement la loi du 5 mai 1872, sur le régime hypothécaire (*Ann. étr.*, II, p. 208). Cette loi a organisé un système remarquable, dont il sera question à propos du régime hypothécaire français. Voyez t. II.

Roumanie. — Jusqu'en 1865, on suivait en Moldavie le *Code Calimach*, et en Valachie le *Code Caragea*. Tous deux dataient de 1817 et avaient été primitivement rédigés en grec. Le Code Calimach, le meilleur des deux, était imité du Code autrichien de 1811. Le Code civil roumain actuel a été promulgué le 4 décembre 1864 et mis en vigueur le 1er décembre 1865. A cette époque la Roumanie était gouvernée par le prince Couza, qui fut le premier

à réunir les deux provinces de Valachie et de Moldavie en se faisant élire à la fois à Bucarest et à Jassy (1859). Il sut se maintenir à force d'habileté et avec l'appui de la France. En 1864, il nomma une commission chargée de rédiger un Code civil ; presque tous les jurisconsultes qui en faisaient partie avaient fait leurs études à Paris, et leur œuvre fut en grande partie imitée du Code français ; ils ont principalement subi l'influence de Marcadé. Cependant il a fallu faire une part aux croyances et aux coutumes nationales : ainsi la séparation de corps n'a pas été admise, et la bénédiction religieuse est une condition de validité du mariage civil. Ce Code n'a pas été soumis aux Assemblées législatives ; le prince Couza, à la suite d'un coup d'État (2 mai 1864), réunissait tous les pouvoirs en ses mains et il promulgua son Code par simple décret.

A voir D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, Paris et Bucarest, 1898 (spécialement chap. xix, *Sources du Droit*, p. 467 et suiv.), ainsi que la préface mise par M. Alexandresco en tête de l'étude de M. Busdugan, *Du mariage des Roumains à l'étranger*, Bucarest, 1900 (en français) et l'étude de M. Dissescou, dans le *Livre du Centenaire*, t. II, p. 849. Une traduction française du Code roumain, qui est malheureusement incomplète, a paru à Bucarest en 1889.

Russie. — La Russie possède seulement une *collection générale des lois*, entreprise par le tsar Nicolas Ier (*Sobranié Zakonov*). Le recueil des actes législatifs publiés depuis 1649 jusqu'au 12 décembre 1825, date de l'avènement de Nicolas, forme 40 volumes in-4° et contient 30 920 numéros. La série a été continuée pour les actes les plus récents ; depuis 1881 on publie un fort volume chaque année. Les suppléments annuels étant devenus rares et difficiles à se procurer, MM. Volkoff et Philippoff ont publié un *Recueil* (non officiel) *des lois russes en vigueur* (1re édit., 1897 ; 3e édit., 1900), qui contient des renseignements détaillés sur l'origine et l'état des recueils russes. Sur cet ouvrage, voir Léon Challandes, dans le *Bulletin* de la Société de législation comparée, février 1901, p. 199. — Pour l'usage journalier des tribunaux et des gens de loi on a fait un résumé (*Svod Zakonov*) en quinze volumes, publiés en 1832 ; les lois civiles se trouvent dans le dixième. Voir Zézas, *Études historiques sur la législation russe*, 1862 ; Victor Foucher, *Code civil de l'Empire de Russie* ; Ern. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, 1878-1890, 2 vol.. — Sur un projet de Code civil déposé à la Douma d'empire, voir Société d'études législatives, *Bulletin*, t. VI, p. 617. Voyez *Pologne.*

Saint-Domingue. — Voyez *Dominicaine (République).*

Salvador. — Voyez *Amérique centrale.*

Saxe. — Un Code civil a été voté dans le royaume de Saxe le 2 janvier 1863 et mis en vigueur le 1er mars 1865. Ce Code a joui d'une grande réputation en Allemagne. On lui avait appliqué la méthode habituellement employée dans la science allemande, et jusqu'à la promulgation du nouveau Code civil allemand, on le considérait comme une formule exacte du droit germanique moderne.

Serbie. — Le Code civil serbe a été publié le 25 mars 1844 par le prince Karageorgevitch. C'est une imitation du droit autrichien. Traduction dans Anth. de Saint-Joseph, t. III, p. 447. — Une édition nouvelle, avec changements et additions, a été faite en 1879.

Suède. — La Suède possède un vieux Code de 1734 (Notice et texte dans Anth. de Saint-Joseph, t. III, p. 494 ; traduction par Raoul de la Grasserie, 1895). Une tentative faite en 1824 pour le réformer a échoué.

Suisse. — Pendant longtemps l'état de la législation y fut très divisé. Les cantons jouissaient, en principe, de l'autonomie législative et chacun d'eux possédait son code civil particulier. La partie occidentale et méridionale de la Confédération suivait le droit français, comme à Genève et dans le Jura Bernois, on possédait des Codes dérivés du nôtre ; d'autres cantons avaient des Codes imités du Code civil autrichien. Une œuvre remarquable, le *Code civil du canton de Zurich*, rédigé par Bluntschli et mis en vigueur le 1er janvier 1855, inspira une série de codes cantonaux ; il avait été revisé et réduit de près de moitié en 1887 (*Annuaire étranger*, t. XVII, p. 707 ; traduction annotée par M. Ern. Lehr, Paris, Impr. nationale, 1890). Sur les autres *codes cantonaux*, voyez les cinq premières éditions du présent *Traité*.

A partir de 1874, il fallut tenir compte de la *législation fédérale*, qui était obligatoire dans tous les cantons. Diverses lois de ce genre, touchant aux matières civiles, furent promulguées, notamment l'important *Code fédéral des obligations*, en 880 articles, en vigueur depuis le 1er janvier 1883. Voyez les *Annuaires* de la Société de législation comparée.

Enfin un *Code civil suisse* a été voté par les Chambres fédérales le 10 décembre 1907. La rédaction en a été faite par M. Eugène Huber, professeur à Berne (Berne, 1896-1899). Ce Code existe en trois langues, allemand, français, italien, et chacune de ces trois rédactions est considérée comme texte original, et non comme une traduction des autres. Le Code des obligations n'avait pas été incorporé tout d'abord dans le Code civil ; mais il y a été inséré, après revision, pour former le livre V. Le texte français est publié à Lausanne, avec des notes, par M. Virgile Rossel. Voir Rossel et Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, t. Ier, Paris, 1910.

Turquie. — L'Empire ottoman possède un Code civil, publié en 1869, mais fort incomplet. Il a fallu négliger les parties les plus importantes du droit, telles que la famille et les successions, à cause de la variété des races et des religions qui existent dans l'Empire. Sur l'état des lois civiles en Turquie et sur les traductions françaises publiées par Aristarchi-Bey, *La législation ottomane*, 1873-1888, 7 vol. in-8°, et par M. Sinapian, voir M. J. Broussali, *Ann. étr.*, XIX, p. 867. Comp. Georges Young, *Corps de droit ottoman*, en français, Oxford, 1905, 7 vol. in-8°, et la note de M. de Bœck, *Dalloz*, 1908. 2. 121. Bibliographie dans Loussararian, Thèse sur la propriété en droit ottoman, Paris, 1912.

Uruguay. — Voyez *Amérique du Sud.*

Venezuela. — Voyez *Amérique du Sud.*

PREMIÈRE PARTIE

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

THÉORIE GÉNÉRALE DES LOIS

Avis aux étudiants. — Toute la théorie des lois est de peu d'usage aux examens, malgré son importance. Il y a surtout lieu d'en retenir des notions élémentaires sur leur mode de *confection*, de *promulgation* et *d'abrogation*, ainsi que la définition du *pouvoir réglementaire*. Toute l'explication de l'art. 3 (ci-dessous, nos 181 à 198) appartient au *droit international privé*, et elle aurait dû être retirée de l'enseignement du droit civil par l'arrêté du 20 juillet 1904. La théorie de la non-rétroactivité des lois (ci-dessous, nos 240 à 263) est une des plus difficiles qu'il y ait dans tout le droit moderne, et elle est au-dessus de la portée des études de première année : interroger sur ces difficultés me paraît chose impossible.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DE LA LOI

144. Définition. — La loi peut être définie : *Une règle sociale obligatoire, établie en permanence par l'autorité publique, et sanctionnée par la force* (1). C'est donc une disposition générale qui a pour but de réglementer l'avenir.

145. Conditions d'existence des lois. — La loi est une *règle sociale*, c'est-à-dire une règle *faite pour des hommes vivant en société*. Cette condition est élémentaire : en dehors des rapports sociaux, il ne peut pas y avoir de loi. Un homme vivant dans une solitude absolue, comme Robinson dans son île, ne serait soumis à aucune loi. Il y aurait encore pour

(1) Dans les sciences, « loi » signifie « les conditions nécessaires qui déterminent les phénomènes », ou encore « le rapport constant entre les divers phénomènes ou entre les phases d'un même phénomène » (Littré). Ainsi entendues les lois dominent tout ; la nature inanimée, les êtres vivants ont leurs lois ; l'homme lui-même a ses lois : nos sensations, nos raisonnements, nos volitions sont soumis à des lois qui répondent exactement à la définition scientifique. Mais il existe entre les lois de la nature et les lois créées par l'homme une différence fondamentale. Les lois humaines ou sociales s'adressent à des êtres *libres*, au sens philosophique du mot ; elles supposent nécessairement cette liberté chez ceux qu'elles régissent. Tout individu soumis à une loi peut n'y pas conformer sa conduite ; on dit alors qu'il a *violé* la loi. Le *respect de la loi*, c'est-à-dire l'obéissance des individus et la conformité de leur conduite à la loi, ne peut être obtenu que par des moyens indirects, qu'on appelle la *sanction de la loi*. — Au contraire, les lois de la nature s'imposent d'une manière *invincible* à l'être ou à la chose qui les subit ; l'être ou la chose obéit à sa loi *fatalement*, et même presque toujours *à son insu*. — Cette différence est telle qu'il est impossible de donner une définition unique pour les deux espèces de lois.

lui des règles de conduite : l'instinct, le désir de vivre, le porteraient au travail, à une vie sobre et régulière pour conserver sa santé et son intelligence ; mais ces règles ne seraient pas des lois. La loi suppose des *relations entre plusieurs êtres humains :* hors de là, la notion de loi perd toute sa valeur juridique.

Toutes les règles sociales ne sont pas des lois : la loi est une *espèce* particulière, comprise dans un groupe plus étendu qui est le *genre*. Il importe donc de distinguer la loi de toutes les autres règles en étudiant ses caractères propres.

146. Analyse des caractères de la loi (1). — 1° *La loi est obligatoire.* — L'obligation suppose une volonté supérieure qui commande et une volonté inférieure qui obéit. — L'idée d'obligation ne doit pas être confondue avec celle de *nécessité* ou d'*utilité*. L'homme se dit souvent *obligé* de faire une chose, parce qu'il y voit pour lui un intérêt pressant ; nous sommes « tenus » par nos affaires ou nos relations mondaines d'accomplir bien des actes dont nous nous abstiendrions volontiers, mais ces prétendues obligations n'en sont pas. Celui qui se décide à agir dans son intérêt suit une règle d'art ou d'habileté, qui peut s'appeler une « méthode », mais qui se sépare profondément des lois : l'on n'est tenu d'y obéir que si l'on veut atteindre un but déterminé. Kant appelait ces règles des *impératifs techniques* ou *conditionnels;* et Suarez les nommait « *Leges circa artificialia* ». La véritable *obligation* n'existe que pour l'homme qui agit sous la contrainte d'une volonté supérieure à la sienne.

2° *La loi est établie par l'autorité publique.* — C'est en la considérant ainsi, *dans sa source*, que l'on peut distinguer la véritable loi de certaines règles établies par des pouvoirs privés, qui ont à peu près le même effet, pour ceux qui y sont soumis, que les lois proprement dites. Tels sont les ordres du père pour ses enfants, du maître pour ses esclaves ou domestiques, ou encore les règlements appliqués aux ouvriers et employés par leurs patrons ou aux membres d'une congrégation par leurs supérieurs. — L'autorité qui fait la loi, c'est-à-dire qui possède le *pouvoir législatif*, varie selon les constitutions politiques. Ce peut être un seul homme, comme les empereurs romains ou les anciens rois de France : ce peut être une ou plusieurs assemblées législatives, comme cela a lieu chez la plupart des peuples modernes ; ce peut être enfin le peuple entier exprimant sa volonté par un vote comme dans le plébiscite romain ou le referendum suisse.

3° *La loi est sanctionnée par la force publique.* — C'est par là que les lois se distinguent des règles morales qui, elles aussi, dominent les sociétés humaines. Les règles morales obligent, elles commandent, mais leur force déterminante est faible, parce que leur sanction positive est nulle. — La sanction de la loi est quelquefois *préventive* : telles sont les mesures de police destinées à empêcher une émeute. Le plus souvent cette sanction est *répressive* : telles sont l'*amende*, la *prison*, les *peines* de toute nature appliquées aux malfaiteurs ; et dans l'ordre civil, la *nullité* des contrats contraires aux lois, les *dommages-intérêts* destinés à réparer le dommage causé par un acte illicite, les *saisies* et autres voies d'exécution organisées contre les débiteurs récalcitrants ou insolvables.

4° *La loi est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits.* — Toute décision de l'autorité publique qui ne doit être exécutée qu'une seule fois n'est pas une loi, c'est un acte d'administration. Ainsi l'ordre de départ donné à un militaire ou à un fonctionnaire, l'ordre de chanter un *Te Deum* après une victoire, ne sont pas des lois. Au contraire, l'obligation imposée aux jeunes gens qui viennent d'accomplir leur vingtième année, de se soumettre à la conscription, résulte d'une loi, parce qu'elle constitue une décision obligatoire d'une manière permanente, pour un nombre de fois indéterminé. — Ceci prouve qu'on donne dans la pratique le nom de loi à des actes qui n'en sont pas. Quand les chambres autorisent un emprunt, ordonnent la construction d'un chemin de fer, modifient les limites d'un département, ces actes sont publiés au *Journal officiel* avec le titre de *lois* : « Loi autorisant la ville de N... à emprunter la somme de... » ; mais le mot tombe ici à faux. Bien que votées, dans la même forme que les lois et par les Assemblées législatrices, ces prétendues lois ne

(1) Comparez les thèses de MM. Camille Labbé, *L'acte législatif*, Paris, 1899, et Georges Cahen, *La loi et le règlement*, Paris, 1903 ; Bouvier et Jèze, *La véritable notion de la loi* (*Revue critique*, 1897) ; Arthur, *La séparation des pouvoirs*, n° 3. Voyez aussi Merlin, *Répertoire*, v° Loi, § 2.

sont en réalité que des actes d'administration accomplis par une autorité différente de celle qui exerce ordinairement cette sorte d'attributions. Décider le contraire, ce serait donner la prépondérance à la forme sur le fond.

On voit par cette analyse combien nous sommes loin de la définition de Montesquieu (1).

147. Durée temporaire des lois. — Il n'est pas nécessaire que la loi soit *perpétuelle*; il est même assez fréquent de voir la durée limitée d'avance par le législateur qui l'établit par exemple, à cinq ou dix ans. C'est surtout dans les matières fiscales et financières que l'on rencontre des lois de ce genre. D'autres servent, sous le nom de *dispositions transitoires*, à ménager le passage d'une législation ancienne à une législation nouvelle. On trouve encore des lois temporaires en matière pénale.

148. Nombre variable des personnes régies par la loi. — Il ne faut pas croire non plus que la loi ait nécessairement une portée *générale* quant aux personnes; la loi n'est pas toujours faite pour toutes les personnes qui composent la nation ou qui habitent le territoire de l'État. Il n'y a guère que les lois pénales ou de police générale qui aient cette application absolue. D'ordinaire, pour qu'une loi soit applicable à une personne, il faut que celle-ci se trouve dans certaines conditions prévues par la loi. Par exemple les lois sur le mariage, sur la propriété foncière, sur l'hypothèque maritime, sur les devoirs des fonctionnaires, ne sont applicables qu'à ceux qui se marient, qui ont des terres ou des navires, qui exercent une fonction publique. Par suite, il se peut qu'une loi ne s'applique qu'à un nombre très restreint de personnes, ou même à une seule personne. Ainsi les dispositions qui déterminent les pouvoirs spéciaux du Président de la République, du Président du Sénat ou de la Chambre, du Garde des sceaux, du préfet de police de Paris, ne concernent jamais qu'une seule personne à la fois.

CHAPITRE II

DES DIVERSES VARIÉTÉS DE LOIS ET DE LEUR HIÉRARCHIE

****149. Énumération.** — Il existe plusieurs sortes de lois. La *loi* proprement dite, qui est l'œuvre du *pouvoir législatif*, représente en quelque sorte l'état normal, l'étage moyen dans l'ensemble de la législation. Elle a au-dessus d'elle la *Constitution*, au-dessous les *règlements*.

(1) En tête de son livre sur l'*Esprit des lois*, Montesquieu écrit : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois. » Depuis plus d'un siècle on admire ce passage de confiance et pourtant cette prétendue définition des lois n'en est pas une ; elle n'en donne nullement les caractères spécifiques ; on ne peut y découvrir qu'un conseil donné aux législateurs soucieux de faire de bonnes lois. Montesquieu écrivait à une époque où la France instruite, éclairée, l'esprit éveillé de toutes parts par la critique, supportait avec peine bien des lois vieillies, bien des institutions démodées, qui n'étaient plus en harmonie avec ses goûts, ses intérêts, ses aspirations. On était choqué du défaut d'adaptation de la législation à l'état social ; Montesquieu voulut faire la satire de ces lois qui semblaient un défi au bon sens et à la justice, l'œuvre d'une volonté capricieuse et mauvaise. Voilà pourquoi il dit aux législateurs futurs : « Faites des lois appropriées au peuple qu'elles doivent régir, à ses mœurs, à ses besoins ; tenez compte du milieu et de tous les éléments de fait qui vous sont donnés par la nature. » Il a raison d'insister sur la *conformité nécessaire des lois et de l'état social*; sa formule, son livre entier ne signifient pas autre chose. C'est en tenant compte de cette conformité qu'on a pu dire : « On découvre les lois, on ne les fait pas. » Mais pour mettre cette vérité en lumière, Montesquieu a été amené à donner une définition unique, qui s'applique à la fois aux lois de la nature et aux lois des sociétés humaines, et ici il est dans l'erreur ; il tente l'impossible (voir ci-dessus, n° 144, note 1).

§ 1. — *De la Constitution.*

***150. Définition.** — On entend par *Constitution* (*Charte*, de 1814 à 1848) la loi fondamentale de l'État, celle qui règle la forme du gouvernement et les attributions des divers pouvoirs politiques. Depuis 1789, les règles constitutives de l'État sont établies par un acte solennel supérieur aux lois ordinaires, capable de mettre les questions principales au-dessus des fluctuations constantes de la politique.

Il existe donc un *pouvoir constituant*, distinct du pouvoir législatif ordinaire. En 1789, en 1848, en 1871, la France a nommé des assemblées spéciales, élues non seulement pour légiférer, mais pour lui donner une Constitution. Par suite, les Chambres législatives qui votent les lois ordinaires n'ont pas qualité pour modifier les règles constitutionnelles. Actuellement, d'après la Constitution de 1875, la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif est plus faible que jamais : les lois ordinaires sont votées par les deux Chambres délibérant séparément ; le pouvoir constituant appartient aux deux Chambres réunies en *congrès* et délibérant ensemble.

§ 2. — *Actes du pouvoir réglementaire.*

***151. Définition.** — On appelle *pouvoir réglementaire* le droit accordé à certaines autorités d'établir des prescriptions obligatoires pour l'avenir comme celles de la loi ; c'est une véritable délégation partielle de la puissance législative. Les actes réglementaires ont tous les caractères spécifiques de la loi ; ce sont des dispositions d'ordre inférieur aux lois proprement dites, mais de même nature. M. Ducrocq dit fort bien : « Ils ont, comme la loi, la généralité de disposition, la réglementation de l'avenir, la force obligatoire, la sanction pénale » (*Cours de droit administratif*, n° 62).

***152. Autorités investies du pouvoir réglementaire.** — Le pouvoir réglementaire appartient : 1° au chef du pouvoir exécutif (actuellement le Président de la République) ; 2° aux préfets ; 3° aux maires. Le Président réglemente pour toute l'étendue du territoire français ; le préfet pour le département, le maire pour la commune ; il n'y a pas de pouvoir réglementaire appartenant en propre aux ministres.

153. Dénominations diverses des règlements. — Les actes émanés du chef de l'État prennent le nom de *décrets généraux* ou *règlements d'administration publique* — Sous la Restauration et sous Louis-Philippe (de 1814 à 1848), les actes que nous appelons *décrets* étaient dénommés *ordonnances*, en souvenir des anciennes ordonnances royales, mais elles n'en avaient que le nom, et non la force, car les ordonnances royales d'avant 1789 étaient de véritables lois. — Ces décrets généraux s'opposent aux décrets simples ou spéciaux, qui sont les actes isolés de gouvernement ou d'administration. Les décrets généraux sont ordinairement rendus après avis du Conseil d État (L. 24 août 1872, art. 8), et quand cette formalité est exigée par la loi, son accomplissement est une condition de leur validité ; elle y est mentionnée en ces termes : « Le Conseil d'État entendu. »

Les actes réglementaires des préfets et des maires s'appellent *arrêtés*.

154. Hiérarchie du pouvoir réglementaire. — Le pouvoir réglementaire jouit d'une liberté moindre à mesure que l'on descend dans la hiérarchie. Celui qui appartient au chef du pouvoir exécutif n'est subordonné qu'à la loi. Les décrets ont pour objet de régler une foule de points de détail que le législateur néglige. Beaucoup de lois importantes sont ainsi accompagnées d'un ou plusieurs règlements destinés à en assurer et à en faciliter l'exécution.

Le préfet est lié dans ses arrêtés réglementaires par la loi et par les décrets généraux, et ses arrêtés s'imposent à leur tour aux maires de son département. Ceux-ci n'exercent leur pouvoir réglementaire qu'à l'occasion de la police locale (voirie, salubrité, etc.).

***155. Prohibition des arrêts de règlement.** — Le pouvoir réglementaire est aujourd'hui réservé exclusivement aux représentants du pouvoir exécutif ; les autorités judiciaires ne le possèdent pas : leurs décisions n'ont jamais qu'une autorité purement *relative*, c'est-à-dire qu'elles n'existent que pour les parties en cause. Les Cours de justice ont donc perdu le droit qu'elles avaient sous l'ancien régime de rendre des décisions obligatoires pour l'avenir et pour tout le monde dans leur ressort. Ces décisions, dites *arrêts de règlement*, étaient de véritables lois : les tribunaux inférieurs étaient obligés de les appliquer, et le Parlement qui les avait discutés et votés se trouvait lié lui-même, tant qu'il ne les avait pas rapportés. Aujourd'hui, nos Cours d'appel, qu'on peut considérer comme ayant remplacé les anciens Parlements, sont privées de ce pouvoir : la loi des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 12) a défendu aux juges de faire des règlements, et le Code civil leur a de même interdit de statuer « par voie de disposition générale et réglementaire » (art. 5 C. civ.). La contravention à cette défense constitue un délit (art. 127 C. pén.). Cette prohibition est fondée sur le principe de la *séparation des pouvoirs* qui depuis 1789 domine toutes nos Constitutions : le juge rend des *sentences;* il ne doit pas être en même temps *législateur.*

Il y a encore une autre raison pour condamner les arrêts de règlement. C'est qu'ils ne peuvent pas être autre chose que des petites lois locales, ne dépassant pas les limites du ressort de la Cour qui les a rendus. Ils nous ramèneraient vite au système des coutumes provinciales. L'unité de législation, qui a été si difficile à conquérir, vaut la peine d'être protégée contre un retour offensif du morcellement.

§ 3. — *De l'irrégularité des actes législatifs.*

156. Lois inconstitutionnelles. — Une loi contraire aux dispositions de la Constitution devrait être nulle ; c'est la théorie, mais dans la pratique on ne peut guère compter, pour faire respecter la Constitution, que sur la réserve volontaire du pouvoir législatif.

Une fois que la loi est votée et promulguée, il n'existe aucun pouvoir ayant qualité pour la juger et l'annuler ; le pouvoir judiciaire, en particulier, n'a point le droit d'en apprécier la constitutionnalité. Il en est autrement aux États-Unis ; la Haute-Cour fédérale a le droit de vérifier la constitutionnalité des lois. On peut dire d'une façon générale que dans les pays anglo-saxons, le pouvoir judiciaire joue le rôle de protecteur des intérêts individuels et donne ainsi à la liberté des citoyens des garanties qu'elle n'a pas chez nous. Sur cette question, voyez le *Bulletin de la Société de législation comparée*, d'avril-mai 1902, p. 175 et p. 240 ; et 1903, p. 89.

***157. Décrets illégaux.** — Un décret ne peut abroger ou modifier une disposition de loi. C'est un des points les mieux fixés de notre droit constitutionnel moderne ; et la Révolution de 1830, provoquée par les fameuses *ordonnances de juillet*, a beaucoup contribué à l'établir. La Charte de 1814 donnait au roi le pouvoir de faire « les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la *sûreté de l'État* ». En se fondant sur ces derniers mots, Charles X se crut autorisé à publier les ordonnances du 25 juillet 1830, qui suspendaient la liberté de la presse et modifiaient le système électoral. Ce fut la cause qui souleva la population de Paris. Pour donner des garanties à la liberté politique, la Charte réformée par Louis-Philippe portait que le roi ferait « les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, *sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution* » (art. 13). — Ce principe a été reproduit dans les Constitutions postérieures (Const. de 1848, art. 49 ; Const. de 1852, art. 6 ; Const. de 1875, art. 3). Ce dernier texte est ainsi conçu : « Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. »

Quand un décret est illégal, quelle est l'autorité qui peut le condamner et le rejeter comme tel? Cela dépend des Constitutions. Depuis 1870, aucun corps politique n'a été spécialement chargé de cet office. On en a conclu que les tribunaux ont le droit d'apprécier la régularité des décrets avant de les appliquer.

Le cas d'un décret irrégulier s'est quelquefois présenté. Napoléon Ier en a donné l'exemple ;

il ne s'est pas gêné dans ses décrets pour modifier des dispositions législatives (Décr. 23 pluviôse an XII; 6 avril 1809; 26 août 1811; 4 mai 1813). Cependant aucun d'eux n'a été annulé pour inconstitutionnalité par le Sénat, quoiqu'il eût été spécialement chargé de ce soin. Tant que Napoléon fut au pouvoir, personne n'aurait osé le faire. Après sa chute, la validité de ces décrets a été plusieurs fois discutée devant les tribunaux, mais il a toujours été jugé que le vice dont ils étaient entachés se trouvait couvert par l'expiration du délai de dix jours établi par la Constitution de l'an VIII (voyez les décisions dans AUBRY et RAU, t. I, p. 8, note 6). Quant aux décrets rendus à d'autres époques, les tribunaux en ont souvent écarté l'application parce que leurs dispositions étaient contraires aux lois (Paris, 4 déc. 1827; Metz, 25 févr. 1829, S. 33. 2. 590 et 600; Cass., 11 avril 1835, S. 35. 1. 246; Rennes, 30 août 1837, S. 37. 1. 789; Cass., 29 août 1851, D. 51. 1. 279, S. 51. 1. 790).

***158. Décrets-lois.** — A divers moments de notre histoire on a vu le gouvernement se substituer au législateur et abroger des lois par voie de décret. Il use alors d'un *pouvoir dictatorial*, et l'irrégularité de ses décrets se trouve couverte ensuite par une sorte de ratification tacite de la nation. Cela s'est produit surtout au lendemain d'une révolution ou d'un coup d'État : 1° du 24 février au 4 mai 1848, pendant la durée du gouvernement provisoire (Décret-loi du 27 avril 1848, abolissant l'esclavage dans les colonies françaises); 2° du 2 décembre 1851 jusqu'au 29 mars 1852, jour de la mise à exécution de la Constitution du second Empire (Décret-loi du 28 février 1852, sur les sociétés de Crédit foncier); 3° du 4 septembre 1870, chute du second Empire, au 12 février 1871, réunion de l'Assemblée nationale à Bordeaux (Décret-loi du 5 novembre 1870, sur le mode de promulgation et la mise en vigueur des lois).

159. Règlements de police irréguliers. — Les arrêtés des préfets et des maires concernant la police locale, bien inférieurs en degré aux décrets du pouvoir exécutif, sont, à plus forte raison, soumis au *contrôle des tribunaux*. Ceux-ci ne doivent les appliquer qu'après en avoir vérifié la légalité. C'est un fait de jurisprudence courante de voir la Cour de cassation refuser d'appliquer un arrêté municipal parce que le maire a dépassé ses pouvoirs.

CHAPITRE III

CONFECTION DES LOIS

§ 1. — *Vote des lois.*

160. Mode de travail des Chambres. — D'après la Constitution de 1875 (L. 24 février.) la loi résulte d'un *vote conforme du Sénat et de la Chambre des députés, acceptant un texte identique*. Le droit de saisir l'une ou l'autre Chambre d'un projet (*droit d'initiative*) appartient au gouvernement d'une part, et à tout sénateur ou député, d'autre part. On appelle *projets* de loi ceux qui sont présentés par le gouvernement et *propositions* de loi ceux qui émanent de l'initiative parlementaire.

Les membres des deux Chambres ont le droit d'*amendement*.

Les deux Chambres ont un droit égal. Toutefois les *lois de finances* doivent être présentées en premier lieu à la Chambre des députés et votées par elle (L. 24 février 1875, art. 8, al. 2).

161. Sanction des lois sous la monarchie. — Actuellement la loi est parfaite par le vote des deux Chambres; sous les constitutions monarchiques, sa confection exige en outre la *sanction* du roi ou de l'empereur : elle n'existe qu'autant qu'elle a été sanctionnée. Le chef de l'État peut donc rendre inutile le vote des Chambres en refusant sa sanction. C'est là le fameux droit de *veto* qui a rendu Louis XVI si impopulaire.

162. Droit actuel du Président de la République. — La Constitution de 1875 a accordé un pouvoir particulier au Président de la République, qui peut, lorsqu'il juge une loi inopportune, se dispenser de la promulguer et, par un message motivé, demander aux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut lui être refusée (L. 16 juillet 1875, art. 7). Ce droit est inutilisable : aucun cabinet n'y souscrirait.

§ 2. — *Promulgation des lois.*

***163. Définition.** — On entend par « promulgation » l'ensemble des mesures par lesquelles une loi nouvelle est portée à la connaissance du public. Cependant on verra que l'opinion courante donne un autre sens à ce mot et qu'elle distingue la *promulgation* proprement dite de la *publication* de la loi. Voyez ci-dessous, nº 173.

A. — Du décret de promulgation.

164. Son origine. — Depuis 1789 toute loi nouvelle est suivie d'un acte spécial du pouvoir exécutif, *ordonnance* à l'origine, plus tard *décret*, et qu'on appelle le « décret de promulgation ». La première formule en a été donnée par un décret du 9 novembre 1789, et reproduite avec quelques modifications de détail par la Constitution du 3 septembre 1791 (tit. III, chap. IV, section 1re). A cette époque elle n'était pas autre chose qu'une rédaction nouvelle de la formule des anciens *mandements* par lesquels le roi envoyait à ses officiers de justice et autres les nouvelles ordonnances rendues par lui, en leur donnnant l'ordre 1º de les faire publier ; 2º de les faire exécuter. Voyez à cet égard les recueils des ordonnances antérieures à 1789.

165. Son object actuel. — Actuellement le décret de promulgation continue à se rendre, et il a conservé son ancien objet ; seulement il s'est enrichi d'une nouvelle utilité. Quand on vota la Constitution du 5 fructidor an III, celle qui organisa le Directoire, on jugea utile de faire *attester au corps social*, par le pouvoir exécutif, que la loi dont la publication était faite avait été *régulièrement votée* par les assemblées législatives *dans les formes prescrites par la Constitution*. L'art. 131 porte que cette mention doit être insérée dans le préambule du décret de promulgation et rend le Directoire exécutif responsable des irrégularités.

Ainsi le décret que rend pour chaque loi le président de la République a un triple objet :

1º Il atteste l'*existence* et la *régularité* de la loi ;

2º Il en ordonne la *publication* ;

3º Il contient, comme autrefois, le *mandement d'exécution* adressé aux agents du pouvoir.

166. Sa formule. — La formule à employer a été réglée à nouveau par un décret du 6 avril 1876. Elle est ainsi conçue :

« Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté,

« Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

(Ici le texte de la loi.)

« La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'État.

« Fait à....., le... »

B. — De la publication des lois.

***167. Nécessité d'une publication.** — A la rigueur on devrait admettre que la loi est *exécutoire*, c'est-à-dire obligatoire pour les citoyens et susceptible d'exécution de la part de l'administration, dès qu'elle est faite : aussitôt après le vote des Chambres la loi existe, et l'on devrait lui obéir immédiatement. C'est ce qui a lieu en Angleterre ; mais dans la plupart des États ce système est condamné comme trop rigoureux : les citoyens peuvent à chaque instant être surpris par l'exécution d'une loi nouvelle dont ils n'ont pas connu la

préparation. En France il a toujours été admis que la loi ne devient exécutoire qu'après avoir été *promulguée*, c'est-à-dire rendue publique.

168. Anciennes ordonnances non publiées. — Autrefois c'étaient les Parlements qui étaient chargés de publier les ordonnances. Cela leur permit de s'arroger une sorte de contrôle sur le pouvoir législatif appartenant à la royauté ; la formalité dont il est parlé au numéro suivant, et qui consistait à *enregistrer* les ordonnances nouvelles, était nécessaire à leur mise en vigueur ; un *refus d'enregistrement* paralysait entièrement l'exercice du pouvoir législatif, à moins que le roi ne fît enregistrer de force l'ordonnance en tenant un lit de justice.

169. Formes anciennes de la promulgation. — La promulgation d'une loi ne peut être qu'une publication collective, une sorte de notification générale adressée à la nation. Les formes employées en France pour publier les lois ont beaucoup varié.

1° Système de l'ancien régime. — Avant 1789, la publication des ordonnances se faisait dans les cours de justice. Les Parlements en recevaient le texte, en donnaient lecture à l'audience et l'enregistraient. Puis le Procureur général en envoyait des copies aux bailliages ou sénéchaussées du ressort, qui procédaient de la même manière. A partir de ce moment on considérait l'ordonnance comme connue, et elle devenait exécutoire pour tous les habitants du ressort.

2° Système de la Révolution. — Sous la Révolution on voulut d'abord une publication plus sérieuse, une publicité effective : les lois devaient être notifiées aux citoyens au moyen d'*affiches* et par des *lectures à haute voix*, faites *en public*, en présence de la foule assemblée à son de trompe ou au roulement du tambour (Décr. 9 novembre 1789 ; L. 14 frimaire an II, art. 149). Ce mode de promulgation, un peu primitif, avait un inconvénient grave : il livrait la loi au bon vouloir des autorités locales, qui, en s'abstenant de la faire promulguer, pouvaient l'empêcher de devenir exécutoire ; aussi fut-il assez vite abandonné. La Convention avait fondé en juin 1794 le *Bulletin des lois*, qui n'avait d'abord d'autre utilité que de conserver le texte des lois comme document ; on eut l'idée d'en faire un *organe de promulgation*. Une loi du 12 vendémiaire an IV (4 oct. 1795) supprima la publication par affiches et lectures publiques et décida que les lois deviendraient exécutoires dans chaque département à partir du jour où le Bulletin qui les contient serait distribué au chef-lieu.

3° Système du Code civil. — En 1804 on réduisit toute la promulgation de la loi à un acte unique accompli par le chef du gouvernement : « La promulgation est faite par le Premier Consul », disait l'art. 1er du Code civil (rédaction de 1804). Par ce moyen, les dangers qu'amenait l'intervention des autorités inférieures étaient supprimés ; mais avec eux on supprimait aussi toute mesure de publicité ; tout se bornait à la *signature d'un décret*, donnée par Bonaparte dans son cabinet.

Pour la mise à exécution, on avait établi des *délais*, variables avec les distances, à l'expiration desquels la loi était *réputée connue*. On supposait que, dans l'intervalle, les particuliers avaient eu connaissance de la loi, par la notoriété publique, par les journaux, par les conversations. Ces délais étaient pour Paris, *un jour franc* après l'acte de promulgation, et pour les départements, ce même délai d'un jour augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois 10 myriamètres entre Paris et leurs chefs-lieux (art. 1er C. civ.). On le voit : la *promulgation* ne méritait plus son nom (qui signifie *divulgation*), puisqu'elle se trouvait réduite à un acte unique, et que cet acte restait ignoré du public. A vrai dire, il n'y avait plus de promulgation de la loi, puisque le gouvernement ne se chargeait pas de la faire connaître. L'insertion dans le *Bulletin des lois* continuait à se faire, mais elle n'avait plus aucune utilité pour la mise en vigueur de la loi.

4° Système de 1816. — Le système du Code civil n'offrait pas d'inconvénients sérieux, parce que, d'après la Constitution de l'an VIII, la promulgation devait se faire *à un jour fixe*, le dixième jour après le vote du Corps législatif. C'était ce jour-là que se plaçait nécessairement l'acte unique auquel elle se réduisait désormais et qui servait de point de départ aux délais réglés par le Code civil. Il était donc facile de calculer dans chaque département le moment où la loi serait mise à exécution : on connaissait le jour du vote par les journaux,

on savait par suite quel serait le jour de la promulgation ; quant aux distances entre Paris et les chefs-lieux de département, elles avaient été fixées officiellement par un arrêté du 25 thermidor an XI. Mais sous la Restauration les inconvénients du système apparurent. Le roi avait d'après la Charte le droit de *sanction*, dont il usait quand il voulait, et naturellement il ne promulguait la loi qu'après l'avoir sanctionnée. Le public ne pouvait donc plus prévoir à quel moment la loi serait promulguée. Aussi une ordonnance fut rendue, le 27 novembre 1816, pour établir une *publication effective*. A cet effet, on prit comme point de départ des délais de promulgation la publication du nouveau texte par le *Bulletin des lois*. L'art .1er de l'ordonnance dispose : « A l'avenir la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel. » Ainsi c'était la date de l'apparition à Paris du numéro du Bulletin contenant une loi nouvelle qui faisait courir pour elle les délais réglés par le Code civil. Comme le Bulletin ne paraît pas à jour fixe et n'est pas daté, l'ordonnance voulait que le Garde des Sceaux constatât sur un registre spécial le jour où le Bulletin lui parvenait de l'Imprimerie royale et pour avertir le public de ce moment, on imagina de mentionner cette date au bas de chaque numéro du Bulletin.

***170. Formes actuelles.** — Le système actuel a été établi par un décret-loi du gouvernement de la Défense nationale (5 novembre 1870). Il est très simple : *Une loi nouvelle est exécutoire dans chaque arrondissement un jour franc après que le numéro du « Journal officiel » qui la contient est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement.* Si ce numéro paraît à Paris le 1er février au matin, la loi y sera exécutoire le 3 à la première heure ; la journée du 2 représente le délai franc d'un jour accordé par le décret. Ce même numéro est distribué avant la fin de la journée du 1er dans un certain nombre d'arrondissements voisins de Paris : la loi y sera exécutoire le même jour que dans la capitale. La plupart des arrondissements le recevront le 2 par le courrier du matin ; la loi y sera exécutoire le 4 ; il peut y avoir un jour de retard pour quelques arrondissements éloignés ou mal desservis par les chemins de fer.

Outre l'insertion au *Journal officiel*, qui à elle seule vaut publication, le décret ordonne aux préfets et sous-préfets de faire afficher les lois nouvelles partout où besoin sera ; ce qui se fait quelquefois.

171. Comparaison avec les systèmes antérieurs. — En le rapprochant des anciens procédés de promulgation, décrits au nº 169, on voit que le décret de 1870 réalise une triple innovation :

1º *Le « Journal officiel » a été substitué au « Bulletin des lois » comme instrument de publication.* Ce journal est beaucoup plus répandu que le Bulletin ; on le trouve partout, dans les bibliothèques publiques, dans les cercles, dans les cafés ; en outre, il paraît régulièrement et il est quotidien. C'est donc un organe de publicité plus commode et plus efficace.

2º *Les délais de distance établis par le Code civil sont supprimés* (sur ces délais, voyez ci-dessus, nº 169-3º). Ces délais n'étaient plus en harmonie avec nos moyens rapides de communications et de transport. Un exemple en donnera une idée : une loi du 7 juillet 1824 fixait à 145 myriamètres et demi la distance de Paris à Ajaccio ; par conséquent la loi promulguée le 1er jour du mois à Paris, n'était réputée connue en Corse que *quinze jours* plus tard, ce qui était évidemment excessif.

3º *Ce n'est plus le département*, comme le disait l'art. 1 C. civ., *mais bien l'arrondissement qui sert d'unité territoriale pour la mise en vigueur de la loi.*

En somme le décret de 1870 rappelle le système de la loi du 12 vendémiaire an IV, citée au nº 169-2º ; il en diffère par l'établissement du délai d'un jour franc et par la substitution de l'arrondissement au département. Il rappelle également la loi belge de 1845 indiquée ci-dessous au nº 175.

172. Rôle actuel du « Bulletin des lois ». — Le *Bulletin des lois*, que le décret de 1870 n'a pas supprimé, continue à paraître et à donner tous les textes nouveaux. Le décret ajoute même que l'insertion au Bulletin d'une loi non publiée au *Journal officiel* (ce qui sera rare, et ne s'est pas encore vu) en opérera promulgation.

173. Critique du langage employé dans l'opinion courante. — On donne ordinairement le nom de *promulgation* au décret rendu par le chef de l'État, et considéré comme

distinct de la *publication* de la loi (1). Il y a là une erreur évidente. Ce décret *ordonne* la promulgation ou publication ; il ne la *constitue* pas ; elle en est la conséquence et l'exécution. Le mot *promulguer* n'a jamais voulu dire autre chose que *publier*. Voyez LITTRÉ, v° Promulgation. Comp. PAUL : « Promulgari leges dicuntur quum primum in vulgus eduntur, quasi provulgari » (cité par FESTUS).

Au reste l'identité de la promulgation et de la publication n'est pas une *opinion* ; c'est une *constatation*. Elle est écrite dans tous les textes. La Constitution du 5 fructidor an III (art. 128 à 131) est surtout instructive à cet égard parce que la synonymie des deux mots y est évidente. L'art. 128 emploie le mot « publier » pour les lois ordinaires, et ne parle pas pour elles de la promulgation ; l'art. 129, spécial aux lois déclarées urgentes, emploie le mot « promulguer » et ne parle pas de la publication. Ainsi on aurait publié les premières sans les promulguer et promulgué les secondes sans les publier ? Les art. 130 et 131 montrent également la synonymie des termes : l'art. 130 règle la forme du décret de *publication* et l'art. 131 dit que le pouvoir exécutif ne peut *promulguer* une loi sans attester l'observation des formes prescrites pour la régularité de sa confection. Le texte de l'ordonnance du 27 novembre 1816 est également très net : sous le nom de « promulgation », c'est ce que nos auteurs appellent « publication » qui s'y trouve décrit et réglementé. La loi du 14 frimaire an II disait : « La *promulgation* de la loi se fera par la *publication*... » Enfin dans le Code civil, l'intitulé du titre préliminaire emploie le mot *publication*, tandis que l'art. 1er parle de la *promulgation*. On peut voir, aussi dans le même sens, l'avis du Conseil d'État du 5 pluviôse an VIII, d'où il résulte que la promulgation est « ce qui sert à faire connaître la loi », autrement dit la publication.

Dans les discussions du Code, l'identité des deux choses a été attestée et développée avec preuve à l'appui par Rœderer, Boulay de la Meurthe, Garat, Lahary, le ministre de la justice et bien d'autres (FENET, t. IV, p. 4, 8, 97, 117, 129, 147, 148, 178, 201, 202, etc.) (2). La promulgation, disaient-ils, c'est la publication de la loi ; il n'y a là qu'un mot un peu plus pompeux dont on se sert pour rehausser la majesté de la loi, et qui paraît avoir été introduit dans la langue législative par l'Assemblée constituante.

L'existence de deux choses distinctes (le décret du chef de l'État et la publication) n'est pas douteuse ; ce qui n'est pas exact, c'est l'emploi du mot « promulgation » appliqué au premier.

174. Délais de la promulgation. — La Constitution de 1875 ne fixe pas de jour au gouvernement pour procéder à la promulgation des lois. Elle lui donne un *délai* qui dure *un mois* pour les lois ordinaires, et *trois jours seulement* pour les lois déclarées *urgentes* par un vote exprès de l'une et de l'autre Chambre (3). Ces délais courent non pas du vote des Chambres, mais du jour de la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée (Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 7).

175. Système belge. — Le système français présente une particularité remarquable : c'est l'application successive des lois nouvelles aux diverses parties du territoire. Leur exécution se propage, à la façon d'ondes concentriques, autour du lieu où siège le gouvernement. On avait proposé en 1803 d'établir *un délai unique*, le même pour toute la France, ce qui eût été plus logique et plus simple, car la loi doit être obligatoire en même temps pour tous les citoyens d'un même État. Ce système fut écarté par la raison qu'il aurait parfois retardé l'application d'une loi nouvelle à Paris. L'objection était faible, car on pouvait faire une exception pour les lois urgentes. — Le système du délai unique existe aujourd'hui

(1) EXEMPLE : « La promulgation est l'acte par lequel le souverain donne l'ordre de faire exécuter une loi... ; il y a lieu de distinguer la promulgation qui n'est qu'un acte de la volonté souveraine, et la publication qui donne à cette volonté la force exécutoire » (Cass. crim., 6 févr. 1874, D. 74. 1. 185, S. 74. 1. 281).

(2) Cependant le langage moderne était déjà employé par Portalis (FENET, t. VI, p. 12) et par Favart (*ibid.*, p. 190).

(3) La loi du 8 février 1897, sur les domaines congéables, a cependant été *oubliée* par le gouvernement pendant plusieurs mois avant d'être promulguée : le dernier vote des Chambres remonte au 23 novembre 1896, et le numéro de l'*Officiel* qui la contient porte la date du 9 février 1897.

en Belgique : après la signature du décret de promulgation, les lois nouvelles sont immédiatement insérées au *Moniteur belge;* elles deviennent exécutoires le dixième jour après cette insertion (L. belge, 28 février 1845, art. 2).

176. Fixation d'un jour éloigné pour la mise en vigueur d'une loi. — Pour des lois importantes et compliquées, les règles du droit commun sont parfois mises de côté : la promulgation a bien lieu dans les formes ordinaires, mais *ce n'est plus elle qui détermine le moment où la loi commencera à recevoir son exécution.* Le législateur indique d'avance une époque éloignée, un jour fixe, *unique pour tout le territoire*, qui sera le point de départ du régime nouveau. Souvent, en pareil cas, on choisit le 1er janvier de l'année suivante. C'est un système commode qui laisse aux gens d'affaires le temps d'étudier la loi nouvelle et aux particuliers le temps de prendre leurs précautions ; personne n'est pris au dépourvu. Exemple : la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, entrée en vigueur le 1er janvier 1856.

Ce délai est nécessaire quand il s'agit de mettre en vigueur un code tout entier. On l'a fait en France pour le Code de procédure civile, promulgué le 24 avril 1806, entré en vigueur le 1er janvier 1807. On l'a fait en Italie pour le Code civil, achevé en 1865, entré en vigueur le 1er janvier 1866, et en Allemagne également : le Code civil allemand, terminé en 1896, est entré en vigueur le 1er janvier 1900.

177. Publication des décrets. — Les règles qui viennent d'être exposées ne s'appliquent qu'aux lois et non aux décrets. Pour les *décrets réglementaires*, il existait autrefois un système spécial : ils devenaient exécutoires, dans chaque département, du jour où le numéro du *Bulletin des lois* qui les contenait était parvenu au chef-lieu (L. 12 vendémiaire an IV, art. 12 ; Avis du Conseil d'État, 12-25 prairial an XIII). Ce système peut encore fonctionner accidentellement ; mais la plupart de ces décrets généraux sont insérés au *Journal officiel;* or le décret-loi du 5 novembre 1870 (art. 1 et 2) leur applique en pareil cas le même système que pour la mise en vigueur des lois ; ils deviennent donc exécutoires un jour franc après l'arrivée de l'*Officiel* au chef-lieu de l'arrondissement. Mais le gouvernement peut ordonner l'exécution immédiate d'un décret (Décr. 5 nov. 1870, art. 2).

Quant aux décrets *individuels*, ils ne deviennent exécutoires qu'après avoir été notifiés aux intéressés.

178. Manière de dater les lois. — L'usage moderne est de désigner les lois par leur date, mais il n'y a aucune uniformité dans la manière de fixer cette date. Un avis du Conseil d'État du 5 pluviôse an VIII (25 janvier 1800), inséré au *Bulletin des lois*, décide que les lois prennent pour date le jour de leur émission par le pouvoir législatif. Ce texte est le seul que nous ayons sur la question ; il est encore en vigueur. La loi est émise par le pouvoir législatif le jour du dernier vote des Chambres ; c'est donc de ce jour-là qu'elle devrait être datée. Mais dans la pratique on ne se conforme pas à cette règle ; très souvent on donne à la loi la date du numéro de l'*Officiel* dans lequel elle a été promulguée. Enfin la chancellerie (ministère de la justice) a adopté, depuis la mise en vigueur de la Constitution de 1875, une pratique dont la régularité est fort contestée (Ducrocq, *Revue générale du Droit*, janv.-févr. 1877 ; *Études de droit public*, p. 7. — Ch. Beudant, *Cours*, Introd., nos 102 et suiv.). Elle date les lois du jour de la signature du décret de promulgation, donnant pour raison que le Président de la République renonce ce jour-là à demander une discussion nouvelle aux Chambres et que, par suite, il sanctionne indirectement la loi.

Il résulte de ces habitudes discordantes que certaines lois sont citées avec trois dates diverses : ainsi la loi qui a rétabli le divorce est appelée tantôt loi du 19 juillet 1884 (date du dernier vote), tantôt loi du 27 juillet 1884 (signature du décret de promulgation), tantôt loi du 29 juillet 1884 (promulgation à l'*Officiel*).

179. Date des décrets. — La difficulté qui se présente pour la manière de dater les lois n'existe pas pour les décrets. Tout le monde leur donne la date du jour où ils sont signés, et c'est le seul procédé correct.

CHAPITRE IV

ÉTENDUE TERRITORIALE D'APPLICATION DES LOIS

§ 1. — *Application des lois françaises en territoire français*

180. Régime spécial de l'Algérie et des colonies. — Les lois françaises ne s'appliquent pas de plein droit à nos possessions extra-européennes : une loi nouvelle n'est exécutoire dans nos colonies qu'en vertu d'une promulgation spéciale. Voyez GIRAULT, note, P. et S. 1910. 1. 489. Il en est de même pour l'Algérie. Il y a toutefois exception pour les lois qui constituent de *simples modifications* à des lois préexistantes déjà en vigueur dans les colonies ou en Algérie. Sur le régime législatif de l'Algérie, voyez JACQUEY, *Législation de l'Algérie*, Alger, 1883, 71 p. in-8°; SAUTAYRA, *Législation de l'Algérie*, 1878-1884, 2 vol. in-4°; ESTOUBLON et LEFÉBURE, *Code de l'Algérie annoté*, recueil chronologique des textes formant la législation algérienne, Alger, 1896; ÉMILE LARCHER, *Traité élémentaire de législation algérienne*, Paris, 1903, 2 vol.

§ 2. — *Conflits entre les lois françaises et les lois étrangères.*

181. Pénétration mutuelle des diverses lois territoriales. — Les lois sont l'œuvre d'une souveraineté territoriale nécessairement bornée; les différents États, souverains sur leur territoire, sont respectivement indépendants les uns des autres. Si l'on appliquait rigoureusement ce principe, on refuserait toute autorité aux lois d'un État hors de son territoire; chaque nation se renfermerait chez elle pour y être maîtresse à l'exclusion de toute autre, mais elle perdrait toute action sur ceux de ses membres qui se trouvent à l'étranger. Ainsi les lois françaises recevraient seules leur application sur notre territoire, mais elles ne seraient observées que là. Or un État a grand intérêt à ne pas perdre son autorité sur ceux de ses membres qui voyagent ou qui s'établissent temporairement dans d'autres pays; mais cet intérêt ne peut recevoir satisfaction que par des concessions mutuelles et identiques. La France, par exemple, veut que certaines de ses lois *suivent* les Français en dehors de ses frontières; par réciprocité, elle doit laisser *pénétrer* chez elle les lois des autres États en même temps que les étrangers qui y viennent.

182. Les conflits de lois. — Le principe de *territorialité*, en isolant les différentes législations dans leurs territoires respectifs, supprime tout conflit entre elles. Tous les autres systèmes, faisant une part plus ou moins large aux lois personnelles des étrangers, amènent une pénétration réciproque des différentes législations et font naître par là même une série de questions spéciales : à laquelle des différentes législations en présence demandera-t-on la solution de chaque point de droit? Ce sont ces questions qu'on appelle les *conflits de lois*. Un étranger vient en France faire le commerce, vend et achète des marchandises, des biens, des maisons; il y a des débiteurs et des créanciers; il y soutient des procès; il y commet des délits; il y meurt, laissant une succession, un testament. Par quelles lois seront régis tous ses actes et leurs conséquences juridiques? Sera-ce par la loi française, à raison du lieu? ou par la loi étrangère, à raison de la nationalité de la personne? Sur chacune de ces questions, un *conflit* risque de se produire entre la loi française et la loi étrangère, si leurs décisions sont différentes.

Il peut y avoir plus de deux lois en présence : par exemple un Anglais, habitant la France, y fait son testament et dispose de biens qu'il possède en Suisse. On peut même supposer, pour compliquer, que les légataires appartiennent à un quatrième État et sont Belges ou

Allemands. De même dans les contrats quand les parties sont de nationalités différentes ou que les marchandises sont livrables à l'étranger.

Pour résoudre toutes ces questions, de nombreuses théories ont été élaborées, dont l'origine remonte au moyen âge ; il ne saurait être question de les examiner ici, 1° parce que leur étude suppose déjà connues toutes les matières qui provoquent des conflits de lois ; 2° parce que, pour être sérieuse, cette étude devrait prendre les proportions d'un véritable cours de droit international privé. Je me bornerai donc à indiquer sommairement le progrès historique des idées, les résultats auxquels on était parvenu avant la Révolution, les principales solutions adoptées par le Code civil, et l'état actuel de la question.

A. — Développement historique.

183. Origines de la théorie. — Des questions analogues à celles qu'étudie le droit international s'élevaient fréquemment dans l'ancien droit à l'intérieur du même État, à propos des diverses législations locales comprises dans l'étendue de sa souveraineté, comme l'étaient nos anciennes coutumes. Ces petits conflits intérieurs ont d'abord été étudiés en Italie, dès le XIIIe siècle, pour les lois municipales ou provinciales, appelées *statuts* par opposition au droit romain et au droit lombard, qui régissaient l'ensemble du pays et qu'on appelait « lois ». Les doctrines de l'école italienne ont été reprises et développées par les jurisconsultes français, principalement par Dumoulin et d'Argentré.

L'histoire des théories émises sur les conflits des statuts, naguère à peu près inconnue, a été entièrement renouvelée par le travail approfondi de M. A. LAINÉ (*Introduction à l'étude du droit international privé*, Paris, 1888-1892, 2 vol.).

184. Terminologie. — On appelait *statut réel*, « statutum in rem », « statutum quod disponit de rebus », les dispositions relatives aux biens, et *statut personnel*, « statutum in personam, quod disponit de personarum statu, conditione et qualitate », les dispositions relatives aux personnes.

185. Exposé du progrès des idées. — 1° ŒUVRE DE BARTOLE. — Primitivement les jurisconsultes italiens étudiaient les questions relatives au conflit des statuts sans donner la prépondérance à aucun principe particulier. Ils recherchaient pour chaque difficulté la solution qui leur semblait la meilleure, d'après le bon sens et la nature des choses. Ce fut BARTOLE le premier (1315-1357) qui donna à ces matières l'ampleur d'une théorie d'ensemble et son œuvre, beaucoup plus solide et plus complète que tout ce qui avait paru jusqu'alors, régna à peu près sans partage jusqu'au XVIe siècle.

2° ŒUVRE DE DUMOULIN. — Dumoulin donna, sur certains points tout au moins, des solutions définitives (*Œuvres*, édit. de Paris, 1681, t. III, p. 557 et suiv.). Il met à part les statuts qui règlent la forme des actes et la procédure (statuta ordinatoria), lesquels sont purement territoriaux. Il subdivise ensuite les statuts qui règlent le fond du droit (statuta decisoria, quæ decisionem concernunt) en distinguant ce qui est laissé à la volonté des parties et ce qui dépend de la loi. Sur les points qui sont fixés par la loi (in his quæ pendent non a voluntate partium, sed a sola potestate legis), Dumoulin applique une distinction déjà ancienne, celle des statuts réels et des statuts personnels ; les premiers sont seuls régis par la coutume locale.

3° ŒUVRE DE B. D'ARGENTRÉ. — La doctrine italienne, retouchée par Dumoulin, faisait une place très large à l'application des statuts extraterritoriaux. Peu de temps après la mort de Dumoulin, le jurisconsulte breton Bertrand d'Argentré tenta une réaction. D'Argentré fut *réaliste* entêté, s'efforçant de réduire par tous les moyens possibles l'application des coutumes autres que celle du ressort. Il rendit au principe de la territorialité une partie de l'énergie que les Italiens et Dumoulin lui avaient fait perdre par leurs distinctions. Il fit du statut réel la règle générale, et réduisit le statut personnel à n'être qu'une exception et, pour restreindre encore sa part, il imagina la catégorie des *statuts mixtes* : dès qu'une disposition de loi relative aux personnes touchait en même temps à la transmission ou à l'administration des biens, il la déclarait mixte comme les statuts réels, c'est-à-dire qu'il appliquait la loi territoriale à l'exclusion de toute autre.

4° ÉCOLES FLAMANDE ET HOLLANDAISE. — Les idées de B. d'Argentré eurent peu de succès en France ; elles s'expliquaient par l'état particulier de sa province et ne trouvaient point d'écho chez les jurisconsultes des autres régions, mais elles rencontrèrent en Belgique et en Hollande un terrain favorable. Les jurisconsultes flamands et néerlandais, Bourgoigne, Rodenburgh, Paul et Jean Voët, les accueillirent avec empressement et en déduisirent, avec plus de rigueur que lui-même, les conséquences logiques (1).

5° ÉCOLE FRANÇAISE DES XVIIe ET XVIIIe SIÈCLES. — Malgré les efforts de Bertrand d'Argentré, les idées italiennes persistèrent en France. Les Parlements en firent fréquemment l'application, et tous les auteurs qui ont écrit sur les conflits de lois, depuis Choppin et Louet jusqu'à Lebrun et Laurière, subissent plus ou moins complètement l'influence de Dumoulin. Mais au commencement du XVIIIe siècle les ouvrages de BOULLENOIS (2) et de FROLAND (3) répandirent une doctrine mitigée, qui était la fusion des idées de Dumoulin et de celles de d'Argentré. Toutefois Dumoulin eut encore vers la même époque un disciple, en la personne du président BOUHIER, qui dans ses *Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne* 1717), s'efforça de restreindre le principe de la réalité.

B. — Résultats acquis au XVIIIe siècle.

186. Aperçu sommaire. — Malgré les nombreuses divergences de détail qui séparent nos anciens auteurs, on peut réduire à quelques principes essentiels les résultats auxquels ils étaient arrivés.

1° La *réalité*, c'est-à-dire la *souveraineté territoriale* des coutumes, est le principe ; l'application, dans le ressort d'une coutume, des dispositions d'une autre coutume, ne peut être qu'une exception. Le principe de la réalité des coutumes, conforme aux origines de notre droit, a été admis par tous nos jurisconsultes, qui ne différaient d'avis que sur le nombre et l'importance des exceptions que ce principe pouvait recevoir. Comp. LOYSEL : « Toutes coutumes sont réelles » (*Institutes coutumières*, n° 303). Gui Coquille affirme que de son temps c'était « une règle brocardique », qui était « communément ès cerveaux des praticiens » (*Institution au droit français*, p. 2).

2° Par exception à ce principe, le *statut personnel* est réglé pour chaque personne par son *domicile*, c'est-à-dire d'après la coutume dans le ressort de laquelle cette personne est domiciliée, quel que soit le lieu où l'acte s'accomplit.

3° Cette exception est fondée non pas sur un principe absolu du droit, mais sur une considération purement contingente : l'intérêt des nations diverses à se faire mutuellement des concessions, ce que les jurisconsultes appelaient la « courtoisie internationale » (*comitas gentium*). Toutefois, au XVIIIe siècle, le respect des lois étrangères relatives aux personnes apparaît de plus en plus comme une nécessité internationale et tend par suite à prendre la valeur stricte d'une règle de droit.

4° Les formes extérieures des actes juridiques sont toujours régies par la loi du lieu où l'acte est passé, quelle que soit la nationalité des personnes qui l'accomplissent, ce qu'on exprime en disant : *Locus regit actum*. Cette règle a une origine très lointaine ; sa formule définitive apparaît dans un arrêt du Parlement de Paris, du 15 janvier 1721. Sur l'histoire de la règle « Locus regit actum » et sur sa portée, voyez A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 329 et 428.

5° Un autre résultat auquel arriva l'école française fut le partage de toutes les lois en deux classes, celle des statuts réels et celle des statuts personnels. Sur ce point d'Argentré avait triomphé et les multiples distinctions de l'école italienne, admises encore par Dumoulin, avaient fini par être rejetées ; mais cette classification simplifiée était insuffisante, et nos

(1) « Nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium » (P. VOET, *De statutis*, c. II, § 4).

(2) *Des statuts personnels, réels et mixtes*, dans ses *Questions sur les démissions de biens*, 1727. — *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, 1766 (œuvre posthume).

(3) *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, 2 vol. in-4°.

anciens auteurs le sentaient sans vouloir l'avouer. Là était le vice capital des doctrines françaises. Comp. LAINÉ, *op. cit.*, t. II, p. 24 et 27.

C. — Système du Code civil.

187. Brièveté du texte. — Le Code civil s'est occupé de ces questions dans l'art. 3, mais fort brièvement et d'une manière incomplète. Elles eussent mérité une série d'articles prévoyant et réglant les principales difficultés sur lesquelles on avait tant disserté ; mais les auteurs de la loi se sont contentés de donner trois solutions isolées sur la *police*, sur la *propriété foncière*, sur la *capacité des Français*.

1° Dispositions positives de la loi.

188. Lois de police et de sûreté. — « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui *habitent* le territoire » (art. 3, al. 1). Il faut ajouter : « ou *qui s'y trouvent de passage* », car il suffit qu'un étranger traverse la France, fût-ce en chemin de fer, pour être soumis à nos lois. Chaque nation est souveraine sur son territoire, et elle cesserait de l'être si les lois destinées à y faire régner l'ordre ne s'imposaient pas aux étrangers comme à ses nationaux.

Cette règle comprend d'abord toutes les lois pénales (*police répressive*), puis les lois de police proprement dites (*police préventive ou administrative*), qu'il s'agisse de la police générale de l'État ou de la police locale (chemins de fer, voirie, marchés, exercice des professions, etc.). Rentrent dans cette catégorie les lois concernant la liberté du travail, la réglementation du travail industriel des enfants et des adultes (Aix, 7 févr. 1884, D. 85. 1. 212, S. 84. 2. 57), la protection des nourrissons et des enfants maltraités ou abandonnés (Aix, 8 mars et 15 nov. 1897, S. 1899. 2. 57), les professions ambulantes, les professions qui supposent un diplôme et qui sont monopolisées (avocats, pharmaciens, médecins). Il faut même y faire rentrer bon nombre de lois civiles, qui ne sont nullement du ressort des juridictions répressives, mais qui n'en sont pas moins destinées à faire régner l'ordre et les bonnes mœurs. Ainsi un étranger peut être condamné à fournir des *aliments* à ses parents qui sont dans le besoin, par application des art. 205-207 C. civ., alors même que sa loi nationale ne lui imposerait pas cette obligation dans son pays. On a également reconnu ce caractère à la loi du 28 mars 1882, qui a rendu l'instruction primaire obligatoire : l'obligation existe même pour les familles étrangères qui résident en France (Décision du ministre de l'instruction publique, *Revue générale d'administration*, 1882, III, p. 447 ; 1883, I, p. 54).

Il existe toutefois un tempérament important à signaler. Les lois de police et de sûreté ne sont pas absolument applicables en France à tout le monde : les souverains étrangers, les ambassadeurs et leur suite n'y sont pas soumis sur le territoire français, en vertu d'un bénéfice diplomatique, fort improprement appelé *exterritorialité*.

189. Lois relatives à la propriété foncière. — « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » (art. 3, al. 2). C'est de notre sol qu'il s'agit : il est tout naturel que le régime économique et civil du territoire français soit l'œuvre de nos lois. Cette disposition doit être entendue en ce sens que *toutes* les lois relatives aux immeubles doivent recevoir leur application en France, sans aucune considération de personnes. Ceci s'applique : 1° aux lois qui classent et définissent les biens immobiliers (*Distinction des biens en meubles et immeubles*, art. 517-532) ; 2° à celles qui déterminent le *nombre*, la *nature* et les *effets* des différents droits que les particuliers peuvent avoir sur les choses, *propriété*, *usufruit*, *servitudes*, *hypothèques*, etc. (art. 543, 578, 647 et suiv.). Ainsi un étranger ne pourrait pas réclamer en France un droit réel immobilier que notre loi ne connaît pas, sous prétexte qu'il existe dans son pays.

Mais la décision de l'art. 3, al. 2, a une portée plus grande encore. Elle concerne aussi : 3° les lois relatives aux *voies d'exécution* ou *saisies*, et 4° celles qui règlent les différents *modes de transmission* des immeubles.

Il y a eu des controverses relativement à la transmission des immeubles après décès par *succession ab intestat*, mais la jurisprudence admet que la dévolution héréditaire des immeubles est régie exclusivement par la loi française (Cass., 2 avril 1884, D. 84. 1. 277, S. 86. 1. 121; Cass., 20 juin 1887, D. 88. 1. 288, S. 87. 1. 408).

190. Lois relatives à la capacité des Français. — Les lois qui déterminent la capacité des Français, qui leur permettent ou leur interdisent tel ou tel acte, continuent à les régir, même quand ils résident dans les pays étrangers (art. 3, al. 3). En passant la frontière, ils n'échappent donc pas à la tutelle de leur loi nationale, quand elle les déclare incapables. Il en est de même pour certaines lois pénales qui suivent les Français à l'étranger. Voyez la loi du 17 juin 1866.

2° Lacunes de la loi.

191. Lacune relative aux meubles. — L'art. 3 est fort insuffisant. Il y a certains points graves que la loi ne décide pas. D'abord elle ne dit rien des *meubles*; quelles règles leur appliquer? Il y a pour eux de grosses questions à résoudre, relatives à la saisie, à la prescription, à leurs modes d'acquisition, surtout en cas de transmission par décès (succession ou legs).

Le silence de la loi sur les meubles implique qu'ils ne sont pas nécessairement soumis à la loi française comme les immeubles. En effet, les meubles n'ont pas d'assiette fixe. De plus, dans notre ancien droit, on appliquait aux meubles la loi du domicile de leur propriétaire, du moins toutes les fois qu'on considérait l'universalité des meubles d'une personne, par exemple, pour régler sa succession (1). On peut donc penser que le Code a entendu maintenir l'ancien système qui appliquait un traitement différent aux meubles et aux immeubles. Cependant la jurisprudence française moderne a une tendance marquée à faire régir les meubles par la loi territoriale : toutes les fois qu'un meuble est considéré individuellement, on lui applique la loi française dès qu'il se trouve en France, quelle que soit la nationalité de son propriétaire. Il en est ainsi pour les questions de saisie, de possession (art. 2279), de revendication, de privilèges, de mise en gage, etc. (Caen, 12 juill. 1870 D. 74. 1. 466, S. 71. 2. 57; Cass., 12 mars 1872, D. 74. 1. 465, S. 72. 1. 238; Rouen, 22 juill. 1873, D. 73. 2. 180; Paris, 21 août 1882, D. 84. 1. 265, S. 83. 2. 117; Montpellier, 9 mai 1890, D. 91. 2. 197, S. 92. 2. 240; Douai, 11 déc. 1891, D. 94. 2. 193).

192. Lacune relative aux personnes. — La loi dit bien que nos lois sur la capacité suivent les Français à l'étranger, mais elle ne s'occupe pas du cas inverse et ne nous dit pas si la capacité des étrangers en France doit être régie par la loi française ou par les lois étrangères. Ici, toutefois, le doute ne saurait être sérieux : le principe de réciprocité s'impose, et les auteurs du Code n'ont pu avoir la pensée de détruire un résultat qui était universellement admis dans notre ancien droit. Par suite, c'est d'après les lois étrangères qu'on devra vérifier si l'étranger est majeur ou mineur, s'il est valablement marié ou divorcé, etc.

Ce qui pourrait être plus contestable, c'est de savoir si la capacité de l'étranger est déterminée par sa *loi nationale* ou par la *loi de son domicile*. Cependant le texte nous fournit un élément de solution : puisque la loi française suit les Français établis à l'étranger *à raison de leur nationalité*, l'application en France de la loi étrangère (qui est la réciproque exacte de cette disposition) doit de même être gouvernée par le principe de nationalité. Le domicile a donc perdu, dans le droit moderne, le rôle qu'il avait dans l'ancien droit pour déterminer le statut personnel. — Sur la question dite du *renvoi*, voyez D. 1906. 2. 169; D. 1907. 2. 1, et les notes.

193. Lacune relative aux contrats. — Enfin, le Code ne dit rien des *contrats* pour

(1) On disait : « Mobilia personam sequuntur ; mobilia personæ ossibus inhærent » (D'Argentré, sur l'art. 218, Anc. cout. de Bretagne, gl. 6, n° 30 ; Paul Voet, *De statutis*, sect. 4, ch. ii, n° 3 ; Boullenois, *Traité de la personnalité*..., observation 19 ; etc.). Mais on n'était pas d'accord sur le motif de la maxime. Sur les origines et le sens de la règle, voyez A. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 228-252.

lesquels Dumoulin avait jadis formulé des préceptes originaux (ci-dessus, n° 185-2°) et qui fournissent la matière d'amples dissertations au droit international privé.

194. Maintien de la règle « Locus regit actum ». — Le Code ne se prononce pas dans l'art. 3 sur les règles relatives à la forme des actes ; on peut donc se demander s'il a entendu maintenir l'ancienne maxime « Locus regit actum ». Mais cette règle est d'une nécessité absolue dans la pratique ; il serait souvent impossible aux personnes qui se trouvent en pays étranger d'observer les formes prescrites par leur loi nationale ; comment dresser un acte notarié dans un pays où il n'y a pas de notaires? Et, même s'il en existe, ceux-ci ne peuvent procéder que conformément à la loi du pays qui les a institués. Aussi la maxime relative à la forme des actes est-elle acceptée partout, sans textes ni conventions, par l'effet d'une sorte de coutume internationale, et le Code Napoléon lui-même en a fait plus d'une fois l'application (aux actes de l'état civil, art. 47 ; au mariage, art. 170 ; aux testaments, art. 999).

D. — Les théories modernes.

195. Apparition d'un nouveau principe. — Depuis le Code civil, il s'est fait un travail considérable sur toutes ces questions ; la science du droit international privé s'est fondée, et les difficultés que soulèvent les conflits de lois ont été étudiées à nouveau avec une largeur de vue et une méthode scientifique qui avaient trop souvent fait défaut aux anciennes discussions sur les statuts. C'est surtout en Italie que s'est produit ce mouvement d'idées (1). Le changement est radical : la loi n'est plus territoriale en principe : elle est personnelle. Ce principe moderne de la *personnalité du droit* est fondé sur une conception toute nouvelle de l'État. L'État n'apparaît plus comme une *souveraineté territoriale* qui perd tout empire hors de ses frontières ; il représente avant tout une *nation*, c'est-à-dire un groupe de personnes. Les personnes prennent le premier rang ; c'est pour elles que les lois sont faites ; le territoire n'est plus considéré que comme une condition matérielle de la souveraineté, la résidence habituelle de la nation.

196. Conséquences de la personnalité du droit. — La théorie nouvelle concorde sur la plupart des points avec les solutions traditionnelles de la théorie des statuts, conservées par le Code. L'une comme l'autre abandonnent à la loi territoriale la police, la sûreté intérieure, l'exercice des droits publics, l'organisation de la propriété foncière ; l'une comme l'autre font régir la capacité des personnes par leur loi nationale.

La grande divergence se rencontre à propos des successions. Le système traditionnel français, conservé par la jurisprudence (Cass., 13 juill. 1869, D. 70. 1. 130 ; Cass., 5 mai 1875, *Journal de droit international privé*, 1875, p. 357 ; Cass., 22 févr. 1882, *ibid.*, 1883, p. 64) règle la succession de la manière suivante : les *meubles* sont régis par la loi du domicile, c'est-à-dire par la loi du pays où le défunt était domicilié au moment de sa mort ; les *immeubles* forment autant de successions distinctes qu'il y a de territoires indépendants : les biens situés en France sont régis par la loi française, les biens situés à l'étranger par la loi du lieu de leur situation. — La théorie italienne fait ici prédominer l'idée de personnalité ; la succession forme une unité indivisible et la transmission des biens est régie par la loi nationale du défunt, quels que soient le lieu de son domicile et la situation de ses biens (2).

197. Résistance de la jurisprudence française. — La thèse de la personnalité du droit est en vogue dans la doctrine ; elle rencontre beaucoup plus de résistances dans la juris-

(1) Son principe a été affirmé pour la première fois en 1851 par MANCINI dans un discours célèbre (*Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti*). Comp. ESPERSON, *Il principio di nazionalita applicato alle relazioni civili internazionali*, 1868. — FIORE, *Diritto internazionale privato* (trad. franç., Paris, 1875 ; 3e édit., 1888).

(2) Le règlement des successions est un des gros problèmes du droit international. On peut citer encore en ce genre le règlement des faillites : la faillite d'une maison de commerce intéresse souvent plusieurs pays à la fois, et dans les théories modernes on a cherché à établir pour elle, comme pour les successions, un système unitaire, au lieu d'en fractionner le règlement au cas de dispersion des biens sur plusieurs territoires.

prudence, traditionnelle par nature. On a fait de grands efforts pour la faire pénétrer dans notre droit en se prévalant de la rédaction incomplète de l'art. 3 C. civ. Il est certain que la jurisprudence pourrait l'introduire dans la pratique sans être arrêtée par des textes formels, mais il paraît non moins certain que les rédacteurs du Code l'ont ignorée et que leurs décisions sont l'application des anciennes règles sur les conflits des statuts. La jurisprudence française est donc dans le vrai quand elle maintient le principe de la territorialité des lois. Comp. H. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, thèse, Paris, 1905.

198. Pays de territorialité absolue. — Le système de la *territorialité pure*, excluant toute application d'une loi étrangère, qui a été pratiqué en France dans le haut moyen âge, se retrouve encore dans les *pays anglo-saxons*. Les jurisconsultes anglais et américains Westlake, Story, etc., proclament à l'envi que, tant que le droit anglais restera ce qu'il est maintenant et ce qu'il a toujours été, il faudra écarter toute loi étrangère pour les faits juridiques qui ont leur siège dans leur pays. Partout ailleurs, le principe de la territorialité absolue n'est plus appliqué ; il a cédé plus ou moins complètement la place au système contraire de la personnalité des lois. Même en Angleterre, la pratique a déjà apporté des atténuations nombreuses au principe rigoureux de la « common law ».

CHAPITRE V

DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS

199. Trois espèces d'interprétation. — L'interprétation des lois peut être purement *doctrinale*, ou se faire *d'autorité*. Cette dernière à son tour se subdivise : elle peut émaner de deux autorités différentes, *le pouvoir judiciaire* ou *le législateur lui-même*.

§ 1. — *Interprétation doctrinale.*

200. Définition. — On appelle « interprétation doctrinale » celle qui se fait dans les livres, dans les revues, dans l'enseignement, et dont l'ensemble constitue ce qu'on appelle « la doctrine ». Voyez ci-dessus, n°s 52 et 127.

201. Caractères. — Cette interprétation est la plus libre de toutes, parce qu'elle est purement *théorique*. C'est aussi la plus féconde, parce qu'elle se développe à l'aise ; elle ne se renferme pas dans l'examen d'une question isolée, elle donne à ses idées et à ses conclusions l'ampleur, la logique, la force d'une synthèse. Mais elle n'a d'autre utilité que la conviction qu'elle peut faire pénétrer dans l'esprit du juge. Les règles qui la gouvernent seront expliquées ci-dessous dans le § 4.

§ 2. — *Interprétation judiciaire.*

202. Définition. — L'interprétation judiciaire est celle qui émane des tribunaux quand, pour juger une affaire, ils font l'application d'une loi dont le sens est discuté.

Bibliographie. — Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, 1843. — Hiver, *Histoire critique des institutions judiciaires de la France de 1789 à 1848*, in-8°. — Odilon Barrot, *De l'organisation judiciaire en France*, 1872. — Voyez le *Catalogue annuel* de Marchal et Billard, v° Organisation judiciaire.

203. Notions sommaires sur l'organisation judiciaire en matière civile. — En principe toute affaire est soumise à deux degrés de juridiction : la *première instance* et l'*appel*. Il n'y a jamais lieu à un troisième degré de juridiction ; mais quelquefois, au lieu de deux, il n'y en a qu'un seul et l'appel est impossible ; on dit alors que l'affaire est jugée « en premier et dernier ressort ».

Le tribunal de droit commun est le *tribunal civil;* sauf dans la Seine, il en existe un par arrondissement. Il juge en principe *à charge d'appel;* toutefois, l'appel est supprimé pour les affaires au-dessous de 1 500 francs de capital en matière mobilière, ou de 60 francs de revenus en matière immobilière. Quand il y a lieu à appel, l'affaire est portée, pour être jugée en seconde instance, à un tribunal supérieur appelé « cour d'appel ».

Les *cours d'appel* sont au nombre de 26 ; leur ressort comprend plusieurs départements, sauf pour la cour de Bastia. Leurs décisions, qui sont toujours en dernier ressort, portent le nom *d'arrêts*, tandis que celles des tribunaux s'appellent *jugements*.

En dehors de ces juridictions de droit commun, il existe trois ordres de *tribunaux exceptionnels* pour certaines affaires :

1° Les *justices de paix* (une par canton) qui jugent les petites affaires civiles, sans appel jusqu'à 300 francs, à charge d'appel de 300 à 600 francs ; l'appel est porté au tribunal civil d'arrondissement. En outre, les juges de paix connaissent des *actions possessoires* (espèce particulière d'actions immobilières) et d'un certain nombre d'affaires limitativement énumérées par les lois ; dans certains cas, leur compétence est portée jusqu'à 1 500 francs (Lois du 25 mai 1838, du 2 mai 1855 et du 12 juillet 1905). Ces tribunaux de canton sont les seuls où la justice soit rendue par un juge unique.

2° Les *tribunaux de commerce*, qui sont institués pour connaître spécialement des *affaires commerciales*. Sauf leur caractère de juridictions d'exception, ils ressemblent assez bien aux tribunaux civils. Ils ont pour ressort l'arrondissement, dans lequel ils siègent (quand il n'y a pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement, le tribunal civil en fait l'office et juge commercialement). Quand ils jugent à charge d'appel, l'affaire est portée à la Cour d'appel. Les juges commerciaux sont élus.

3° Les *conseils de prud'hommes*, créés en beaucoup d'endroits depuis 1806 pour connaître des petites contestations entre patrons et ouvriers. Institués d'abord pour juger des différends d'ordre technique, tels que la mauvaise exécution du travail, leur compétence s'est peu à peu étendue à de pures questions de droit (salaires, congés, etc.), pour lesquelles ils n'ont sérieusement pas de raison d'être (1). Les conseillers prud'hommes sont élus ; ils jugent sans appel jusqu'à 300 francs ; l'appel de leurs jugements, qui allait jadis au tribunal de commerce, va maintenant au tribunal civil (L. 15 juillet 1905). Là où il n'existe pas de conseil de prud'hommes, l'affaire est soumise au juge de paix.

— Au-dessus de toutes ces juridictions siège la *Cour de cassation*, créée le 1er décembre 1790 (2) et dont le rôle est tout spécial. Quand une affaire a été jugée par une décision rendue en *dernier ressort*, le débat est terminé devant les juridictions ordinaires ; on ne peut plus discuter à nouveau les faits. Mais la Cour de cassation est appelée à vérifier si les juges ont bien interprété et bien appliqué la loi. Le procès ne recommence pas au fond devant elle ; ce n'est pas un nouveau degré de juridiction. La Cour prend pour acquis les *points de fait*, constatés par l'arrêt ou le jugement attaqué, et elle recherche seulement si, *ces faits étant donnés*, il leur a été fait une juste application de la loi. Aussi dit-on que la Cour

(1) Voyez A. Portier, *Les patrons devant les prud'hommes*, Paris, Malverge, 1905. A l'occasion des abus qui se produisent et du mandat impératif qu'acceptent certains conseillers prud'hommes, l'auteur conclut à la « faillite » de cette institution. — La loi du 15 juillet 1905 y a apporté de sérieuses améliorations, notamment en supprimant la voix prépondérante du président, pour donner la prépondérance au juge de paix en cas de partage. Une loi du 27 mars 1907 a étendu cette institution aux employés de commerce.

(2) L'Assemblée constituante l'avait appelée *Tribunal de cassation*, dans la crainte que le nom de « Cour » ne lui inspirât des projets ambitieux comme ceux qu'avaient nourris les anciens Parlements ; les juridictions du second degré s'appelèrent aussi primitivement *tribunaux d'appel*. Ce fut le Sénatus-Consulte du 28 floréal an XII, qui, en créant la dignité impériale, donna à ces juridictions le titre de *cours* et à leurs décisions le nom d'*arrêts*.

de cassation *juge les jugements et non pas les procès;* ou encore que les tribunaux de tout ordre et les Cours d'appel sont *juges souverains du fait*, le point de droit étant seul soumis à la Cour de cassation. Si la Cour estime que la loi a été violée ou mal comprise, elle *casse* la décision attaquée, mais elle ne la remplace pas par une autre. L'affaire est *renvoyée*, pour être jugée au fond, devant une autre Cour ou un autre tribunal de même degré que celui qui avait rendu la décision cassée. — La Cour de cassation est saisie de l'affaire par un acte nommé *pourvoi*. En matière civile, les pourvois sont soumis d'abord à la *Chambre des requêtes* qui leur fait subir un examen préalable : ceux qui paraissent mal fondés sont rejetés par elle ; ceux qui lui semblent admissibles sont communiqués à la *Chambre civile* qui seule a le droit de prononcer une cassation. Pour les affaires criminelles, il n'existe qu'une seule Chambre.

Toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ressortissent à la Cour de cassation. Cependant les *juges de paix* ont le droit de *prononcer en équité*, c'est-à-dire sans tenir compte des dispositions de la loi, toutes les fois qu'ils statuent en dernier ressort. Leurs décisions ne peuvent être attaquées pour violation de la loi (L. 25 mai 1838, art. 15). Ces petits tribunaux, les plus humbles de la hiérarchie judiciaire, sont donc aussi les plus indépendants. Il en est autrement des jugements rendus par eux à charge d'appel ; le tribunal civil, saisi au second degré, doit se conformer à la loi sous peine de cassation (L. 20 avril 1810, art. 7).

204. Liberté d'interprétation laissée aux tribunaux. — L'interprétation judiciaire est *libre*, en principe ; chaque tribunal a le droit d'adopter la solution qui lui paraît la plus juste et la meilleure ; il n'est lié ni par les décisions qu'il a rendues antérieurement pour des affaires analogues, ni par les décisions d'un autre tribunal, même supérieur en degré. Ainsi les tribunaux d'arrondissement peuvent avoir sur les questions controversées une jurisprudence contraire à celle de la Cour d'appel à laquelle ils ressortissent ; mais leurs décisions ont alors de grandes chances d'être réformées en appel.

A cette grande règle, il n'existe qu'*une seule dérogation :* c'est l'obligation imposée *en un certain cas* à un tribunal de se conformer à l'avis exprimé par la Cour de cassation sur l'affaire qui lui est soumise. Ceci demande quelques explications ; voyez le n° suivant.

***205. Autorité spéciale des Chambres réunies de la Cour de cassation.** — Placée au sommet de la hiérarchie judiciaire (1), la Cour de cassation a pour fonction d'obliger les tribunaux à observer la loi ; elle rend aussi ce très grand service d'assurer à la France l'*unité de jurisprudence*, complément indispensable de l'*unité de législation*. Cependant son rôle à cet égard n'a pas été aperçu tout de suite (2) ; et elle n'a été mise à même de le remplir qu'en 1837, époque à laquelle on lui donna le pouvoir d'imposer sa solution à tous les autres tribunaux. Jusque-là les *juridictions de renvoi* (3) avaient indéfiniment le droit de statuer comme l'avaient fait les premiers juges, auteurs de la décision cassée, et contrai-

(1) On l'appelle souvent la *Cour suprême;* il serait plus juste de l'appeler la *Cour régulatrice*, car elle ne juge pas les *affaires* des particuliers et se borne à apprécier les *jugements* ou *arrêts* qui lui sont déférés.

(2) Les hommes de la Révolution étaient persuadés que la loi peut suffire à tout ; que la jurisprudence des tribunaux est la plus détestable des institutions et mérite d'être détruite. Voyez les opinions émises par Le Chapelier et par Robespierre (*Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 516 et 517). La même conception a été reproduite devant le Tribunat, par les adversaires du projet de Code civil, à propos de l'art. 4 (Fenet, t. VI, p. 150-170), et on la retrouve encore dans les Chambres de 1814, qui voulaient réserver l'interprétation des lois au seul pouvoir législatif (*Archives parlementaires*, 2e série, t. XII, p. 234-236 et 643-660 ; t. XIII, p. 122-133). On n'avait donc pas cherché systématiquement à faire de la Cour de cassation ce qu'elle est devenue : l'interprète autorisée et souveraine des lois civiles. Mais son véritable rôle ne tarda pas à s'affirmer : alors qu'on lui avait primitivement assigné comme tâche unique le soin de casser les décisions rendues *en violation de la loi*, elle se mit peu à peu à casser également pour *fausse interprétation de la loi*. Cette extension, qui a fait d'elle un pouvoir autonome, légalement indépendant du pouvoir législatif, a eu lieu sans texte, par le seul effet de la pratique, et elle est bien antérieure à 1837, antérieure même à la rédaction du Code civil (Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, 1810, chap. xxxi, sect. 10).

(3) On appelle *juridiction de renvoi* le tribunal ou la cour saisi d'une affaire pour la juger à nouveau, quand la Cour de cassation a cassé l'arrêt ou le jugement qui lui était déféré. Voyez le n° 203.

rement à l'opinion de la Cour de cassation sur ce point (1). La loi du 1er avril 1837 a mis fin à cet état de choses de la manière suivante : si la décision rendue sur renvoi après une première cassation est conforme à la décision cassée, l'affaire revient devant la Cour de cassation, qui siège cette fois *toutes chambres réunies* (34 conseillers, président compris) ; l'arrêt rendu ainsi en audience solennelle possède une vertu particulière, car si la Cour casse la décision qui lui est soumise, *l'avis des chambres réunies est obligatoire pour la nouvelle cour de renvoi* qui jugera l'affaire au fond (L. 1er avril 1837). De la sorte, la Cour de cassation possède un moyen de faire triompher définitivement ses opinions dans la jurisprudence (2).

Les arrêts des chambres réunies ne donnent une solution obligatoire que pour la dernière juridiction de renvoi, et *pour cette affaire seulement*. La juridiction de renvoi reste libre d'adopter pour les autres affaires une opinion différente. Cependant les arrêts des chambres réunies jouissent d'une grande autorité ; ils *fixent la jurisprudence*, parce qu'il y a peu de chances pour que la Cour de cassation revienne ensuite sur sa décision après cet examen solennel ; les juges et conseillers se rangent, bon gré mal gré, à son avis.

206. Importance des arrêts d'appel. — Un grand nombre de questions controversées n'ont pas encore été soumises à la cour régulatrice ; bien des procès s'arrêtent sans parvenir jusqu'à elle ; on rencontre ainsi beaucoup de points de droit sur lesquels il n'existe que des arrêts de Cours d'appel, et pas d'arrêt de la Cour de cassation. En second lieu, les Cours d'appel, qui n'aiment pas à voir leurs arrêts cassés, cherchent autant que possible à se décider par des raisons de fait, de manière à éluder le contrôle de la Cour de cassation en ne se prononçant pas sur le point de droit. La jurisprudence des Cours d'appel prend ainsi peu à peu une importance qu'elle n'avait pas autrefois.

207. Interprétation des règlements par l'autorité judiciaire. — L'autorité judiciaire a qualité pour interpréter tous les actes qui possèdent réellement le caractère législatif. Elle peut donc interpréter non seulement les lois proprement dites, mais même les décrets et arrêtés des autorités administratives. Sans doute le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les actes de l'administration soient interprétés par l'autorité judiciaire, mais ceci n'est vrai que pour les actes administratifs proprement dits. Il est, au contraire, reconnu que les actes réglementaires, qu'il s'agisse de décrets du chef de l'État ou de simples arrêtés préfectoraux ou municipaux, peuvent très régulièrement être interprétés par l'autorité judiciaire qui est appelée à en faire l'application aux particuliers (Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., t. I, p. 480 ; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, n° 655).

§ 3. — *Interprétation par l'autorité législative.*

208. Pouvoir exclusif anciennement réservé au législateur. — Dans l'Empire romain, c'était une maxime absolue que l'Empereur seul avait qualité pour interpréter les lois établies par lui, quand elles étaient obscures : « Ejus est interpretari legem cujus est condere. » Cette maxime avait passé dans notre ancien droit ; le roi seul pouvait interpréter ses ordonnances. Par conséquent, lorsque le sens de l'une d'elles était douteux, les juges devaient s'abstenir de l'interpréter. L'ordonnance d'avril 1667 (tit. I, art. 7) leur en

(1) Primitivement le conflit était sans issue, en ce sens qu'il ne pouvait pas être terminé par l'autorité judiciaire ; il ne pouvait recevoir sa solution que du pouvoir législatif, au moyen du « référé » dont il sera parlé dans le paragraphe suivant. Pour y mettre plus promptement un terme, la loi du 30 juillet 1828 décida qu'après deux cassations successives dans la même affaire, la décision rendue par la troisième cour ou le troisième tribunal serait définitive et ne pourrait plus être attaquée par un pourvoi en cassation fondé sur les mêmes moyens ; mais, pour cette décision, le tribunal ou la cour n'était pas obligé de se conformer aux vues de la Cour de cassation. Ce n'était donc pas à la Cour de cassation qu'appartenait le dernier mot.

(2) Ce système avait été proposé en 1835 par M. Victor Foucher, avocat général à Rennes (*De l'interprétation des lois*, in-8°). C'est donc seulement depuis 1837 que la Cour de cassation est devenue une cour *régulatrice*.

faisait la défense formelle ; le procès était suspendu et les parties « *renvoyées à se pourvoir devant le roi* », pour faire fixer le sens du texte.

209. Restitution aux juges du pouvoir d'interpréter les lois douteuses. — Actuellement le procédé des *renvois* n'est plus permis. D'après l'art. 4 C. civ., le juge ne peut refuser de statuer sous prétexte que la loi est muette, obscure ou insuffisante. Il commettrait un *déni de justice* et des poursuites pourraient être exercées contre lui (art. 505 et suiv. C. proc. civ. ; art. 186 C. pén.).

210. Rôle moderne de l'interprétation législative. — Jusqu'en 1837, nous avons eu un système de *référé au législateur* qui servait à résoudre les *conflits de jurisprudence* entre la Cour de cassation et les autres tribunaux (1). Depuis que ces conflits se résolvent autrement (ci-dessus, n° 205), on ne voit plus se produire d'*interprétation sur référé judiciaire*. Cependant il se fait encore, de loin en loin, des lois interprétatives, que le gouvernement provoque tantôt *de sa libre initiative*, tantôt *à la suite de pétitions*, pour mettre fin aux incertitudes de la pratique (2).

211. Interprétation sur l'initiative du gouvernement. — On peut en citer un remarquable exemple : la Cour de cassation ayant jugé par deux arrêts de 1841 que les actes notariés reçus par un seul notaire étaient nuls, parce que la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI, exigeait la présence d'un second notaire ou de deux témoins le remplaçant, il fallut régler une situation qui compromettait presque toutes les fortunes de France, car l'immense majorité des actes notariés se trouvait dans le cas d'être annulée. Le gouvernement présenta une proposition (devenue la loi du 21 juin 1843) qui déclarait, par interprétation de la loi de ventôse, que les actes notariés reçus antérieurement par un seul notaire ne pouvaient être annulés pour cette cause. — Voyez aussi, sur la propriété du lit des petits cours d'eau, la loi du 8 avril 1898, qui a été considérée comme interprétative (Cass., 16 fév. 1904, D. 1904. 1. 263), et sur la séparation des Églises et de l'État la loi du 13 avril 1908, *déclarée* interprétative, sans quoi sa rétroactivité eût été douteuse.

212. Interprétation provoquée par pétition. — L'interprétation législative peut encore être sollicitée par l'initiative privée, au moyen du droit de pétition. Il y en a un exemple dans la loi du 13 février 1889, sur les renonciations faites par les femmes mariées à leur hypothèque légale. Cette loi a été posée par le garde des sceaux pour donner satisfaction à des pétitions signées par un grand nombre de notaires, qui demandaient qu'on précisât le sens de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, seul texte qui réglât jusqu'alors ce genre de conventions (D. 1889. 4. 25, note 4).

213. Pouvoir interprétatif du Conseil d'État sous le premier Empire. — Sous la Constitution de l'an VIII, au lieu de faire discuter l'interprétation dans la forme ordinaire des lois, on la faisait donner par le Conseil d'État, seul saisi de la question. Voyez 1° le décret réglementaire du 5 nivôse an VIII (26 déc. 1799), qui autorisait le Conseil d'État à « développer le sens des lois » sur les questions qui lui seraient « renvoyées » par les consuls ; 2° la loi du 16 septembre 1807, qui, en cas de conflit entre la Cour de cassation et les autres tribunaux, décidait que l'interprétation serait donnée « dans la forme des règlements d'administration publique », c'est-à-dire par le Conseil d'État.

Plusieurs de ces *Avis du Conseil d'État* donnés sous l'Empire concernent le Code civil ; ils sont rapportés en notes dans les éditions usuelles du Code et doivent être considérés comme faisant corps avec les textes interprétés par eux ; ils ont *force de loi*.

(1) Le référé au législateur avait lieu toutes les fois qu'après *deux cassations successives dans la même affaire*, le troisième tribunal jugeait dans le même sens que les deux premiers, au lieu de se ranger à l'avis de la Cour de cassation. Comme la Cour de cassation n'avait pas le moyen d'imposer son opinion aux autres juges, on s'adressait au législateur pour le prier de donner lui-même une interprétation qui serait obligatoire pour tous les tribunaux. Ce système donnait lieu à deux critiques sérieuses : d'abord il amenait une *confusion de pouvoirs* en faisant un juge du législateur appelé à résoudre une affaire particulière ; en outre, il était une *cause de lenteurs* parce que le jugement final du procès était retardé jusqu'à ce qu'on eût obtenu l'interprétation législative. Il avait été amélioré par une loi du 30 juillet 1828. Comp. Gény, p. 76-77.

(2) Exemple en Roumanie : (Cass. roumaine, 16 mars 1912, D. 12. 2. 201, note Berthélemy).

214. Pouvoir interprétatif du Conseil d'État sous la Restauration. — Après 1814, on se demanda si le Conseil d'État avait conservé son pouvoir d'interpréter les lois ; la question fut tranchée en faveur du maintien de la loi de 1807 par un avis du 17 décembre 1823 (SIREY, *Lois annotées*, t. I, p. 1100). Mais au lieu d'avis ayant un *caractère général et obligatoire*, semblable à celui des lois, le Conseil ne donnait plus que des *sentences*, dont l'autorité était restreinte à l'affaire qui les avait rendues nécessaires.

C'est ce qui explique que l'on trouve encore, de 1814 à 1828, des Avis du Conseil d'État (1). La loi du 30 juillet 1828 (ci-dessus, n° 205) supprima définitivement l'intervention du Conseil d'État dans les conflits judiciaires en rendant aux Chambres le pouvoir d'interpréter les lois sur le référé de la Cour de cassation.

§ 4. — *Règles à suivre pour interpréter les lois.*

215. Anciennes formules. — C'est un art spécial que de bien interpréter les lois, c'est-à-dire d'en déterminer le sens et la portée (2). Les principales règles à suivre ont été, depuis longtemps, consacrées sous la forme de *brocards* ou *adages*, qui s'emploient tous les jours dans les discussions juridiques et le plus souvent dans la formule latine que leur ont donnée les anciens juristes (3). Les plus usuels seront indiqués à leurs places respectives. Voyez les *Tables*, v° ADAGE. Quatre cas sont à distinguer.

A. — La loi a statué et son texte est clair.

216. Cas où un texte clair a besoin d'interprétation. — Quoique la rédaction de la loi soit claire, il est possible qu'elle ait besoin d'être interprétée, parce que le législateur a pu se tromper et ne pas dire ce qu'il voulait. Exemple : les art. 2194 et 2195 C. civ. disent que, lorsque la femme fait inscrire son hypothèque dans les circonstances qu'ils prévoient, cette inscription « a le même effet que si elle avait été prise le jour *du contrat de mariage* ». Il faut lire comme s'il y avait « le jour *du mariage* », car il est certain dans notre droit moderne, que l'hypothèque légale de la femme mariée prend rang, au plus tôt, du jour de son mariage (art. 2135-2°). La différence est importante, car le contrat de mariage, qui se fait chez le notaire, peut précéder le mariage de plusieurs semaines et même de plusieurs mois.

De même, l'art. 408 C. civ. paraît appeler au conseil de famille les *veuves d'ascendants* ; il faut lire les *ascendantes veuves*, ce qui n'est pas la même chose, car la veuve d'un ascendant pourrait être une femme épousée en secondes noces et qui ne serait pas elle-même une « ascendante » du mineur.

C'est surtout dans les définitions que ces erreurs du législateur se rencontrent. Par exemple, l'art. 1181 donne une définition fausse de la condition en supposant qu'un événement *passé* peut en tenir lieu. Ces fausses définitions peuvent être rectifiées librement par la doctrine, parce qu'elles n'ont elles-mêmes qu'une valeur doctrinale et ne contiennent aucune disposition législative. Les vérités scientifiques sont au-dessus des erreurs humaines, même inscrites dans les lois.

Une autre raison peut faire encore qu'un texte clair ne s'applique pas. Il arrive que le législateur formule une *règle générale* sans prévoir les *cas exceptionnels* qui doivent rester en dehors de la règle. Alors, quoique le texte ait en apparence une portée absolue, on pourra

(1) EXEMPLE : Avis du 24 février 1817, sur le délai d'un jour franc entre la promulgation des lois et leur mise en vigueur (SIREY, *Lois annotées*, t. I, p. 972).

(2) Le projet de Code civil préparé en l'an VIII contenait dans le titre V du Livre préliminaire un certain nombre d'articles relatifs à l'interprétation des lois. Ces articles ont été supprimés parce qu'ils avaient le caractère de règles doctrinales plutôt que de dispositions législatives.

(3) Sur l'abus qui s'en fait, voyez OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, p. 80-97 ; *Conscience et science du devoir*, t. II, p. 223-240 ; A. BÉCHAUX, *Le droit et les faits économiques*, p. 28 ; GÉNY, *Méthode d'interprétation*, n° 75, p. 152 ; comp. n° 69, p. 132 et suiv.

lui faire subir des dérogations, par application de la maxime « Cessante causa legis, cessat lex ». Exemple : L'art. 1382 C. civ. qui établit la responsabilité pécuniaire des actes illicites dommageables pour autrui, emploie une formule [*Tout fait quelconque de l'homme...*] beaucoup trop large. Si on ne faisait pas exception pour les actes dommageables qui sont l'exercice d'un droit, on dépasserait de beaucoup les cas où cette disposition est équitablement applicable.

217. Réserve à observer. — Mais cette façon de rectifier les textes législatifs ne doit être employée qu'avec la plus grande réserve. Sinon l'interprète s'érige en législateur ; il viole la loi : « Quand une loi est claire, disait le projet de l'an VIII, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en respecter l'esprit. » En particulier, les exceptions non prévues par le législateur devront toujours s'appuyer ou sur un *autre texte de loi*, ou sur un *principe supérieur d'équité*. C'est en effet, une règle d'interprétation très rigoureuse qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas : « Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. »

B. — La loi a statué, mais son sens est douteux.

218. Emploi des travaux préparatoires. — C'est en ce cas, à proprement parler, qu'il y a lieu à *interprétation*. La première chose à faire, pour lever le doute, est de consulter les *travaux préparatoires* de la loi (discussions des Chambres, rapports, exposés des motifs, etc.). Là se trouve souvent expliquée la pensée qui a guidé le législateur. Cependant ces documents n'ont pas toujours l'autorité qu'on leur prête. D'abord l'orateur, l'auteur du rapport, etc., a pu se tromper, commettre un oubli, avoir mal lu un texte, etc. Nos archives parlementaires fourmillent d'exemples de bévues de ce genre. Ensuite les discussions, surtout dans une assemblée un peu nombreuse, reflètent souvent des opinions individuelles, en contradiction avec la pensée vraie de la loi. Aussi est-ce une remarque souvent faite que les travaux préparatoires fournissent des armes à tous les partis et que les diverses opinions en présence y trouvent des arguments qui s'annulent réciproquement. Enfin, et ceci est surtout vrai pour les travaux préparatoires du Code civil, les procès-verbaux des séances sont souvent trop brefs pour qu'on puisse en tirer profit. A ce point de vue nos documents parlementaires, où sont reproduits par la sténographie les moindres incidents des discussions, sont beaucoup plus utiles que les procès-verbaux, souvent insignifiants, du Conseil d'État (1).

219. Rôle de la tradition. — En second lieu il faut rechercher si le législateur a eu ou non l'intention de changer l'état du droit. A-t-il voulu faire une *réforme?* Quelles circonstances ont pu provoquer cette réforme? Quel est le but poursuivi par les auteurs de la loi nouvelle? S'il n'y a pas eu réforme, il faut remonter au droit antérieur ; il y a lieu de croire que les règles anciennes ont été implicitement maintenues. C'est ce qu'on appelle l'*autorité*

(1) Les travaux préparatoires comprennent : 1° les *textes* des projets ou propositions de lois, accompagnés de leurs *Exposés de motifs* ; 2° les *Rapports* déposés sur ces projets ou propositions ; 3° les *Discussions* publiques des deux Chambres. Le *Journal officiel*, créé en 1868, publie dans ses annexes les deux premières catégories sous le titre de « Documents parlementaires » ; la troisième sous le titre de « Séances » ; le tout en deux séries, une pour le Sénat, l'autre pour la Chambre. En outre, les deux Chambres font imprimer leurs projets, propositions et rapports, en format in-4°, sous le titre : Impressions du Sénat (ou de la Chambre) ; celles du Sénat sont divisées par années ; celles de la Chambre par législatures. On les trouve dans beaucoup de bibliothèques publiques et on se les procure assez facilement dans le commerce. — Pour la période antérieure et spécialement pour l'époque de la Révolution, il faut consulter : 1° Le *Moniteur universel*, fondé par Panckouke ; le premier numéro porte la date du 5 mai 1789 ; il a duré jusqu'en 1868, époque où il fut remplacé par le *Journal officiel* actuel et formait à cette époque 159 volumes in-fol. et 3 volumes de tables. Une réimpression de l'*Ancien Moniteur*, de 1789 à 1799, a été donnée par Gallois, en 1840-1845 (32 vol. in-8°) ; 2° Les *Archives parlementaires*, entreprises par Madival et Laurent, beaucoup plus complètes que l'*Ancien Moniteur*, et qui forment deux séries : la première, commencée en 1867, va de 1787 à 1799 (61 volumes in-4° avaient paru en 1902, s'arrêtant au 12 avril 1793) ; la seconde commencée en 1863, va de 1806 à 1860 (105 vol. in-4° parus en 1902, s'arrêtant à 1835). Cette même publication donne aussi les *Cahiers des États généraux*.

de la tradition. Celle-ci ne fléchit qu'autant qu'on découvre dans la loi en vigueur un principe nouveau en contradiction avec elle.

220. Moyens d'interprétation tirés du texte même. — Enfin, lorsque ces deux premières sources font défaut, il faut rechercher dans l'ensemble du texte un mot, une décision, une tendance, quelque chose qui éclaire le point douteux. C'est là une des grandes règles de l'interprète : il doit connaître en totalité le texte de la loi pour bien comprendre le moindre passage. « Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus preposita judicare vel respondere » (*Dig.*, liv. I, tit. 3, fr. 24).

C. — La loi n'a pas statué.

221. Limites à la liberté de l'interprète. — Dans ce cas la mission de l'interprète s'élargit ; il peut se décider avec plus d'indépendance. Cependant il n'est pas absolument libre. Il est lié encore et par *l'esprit général des lois*, et par cet ensemble de règles scientifiques qu'on appelle *les principes généraux du droit.* Il doit alors deviner ce que serait la décision du législateur s'il était appelé à résoudre directement la question qui lui est soumise.

222. Force variable des arguments empruntés à d'autres textes. — Deux espèces d'arguments formés par le rapprochement des textes servent ordinairement à statuer dans le silence de la loi. Les deux principaux sont les arguments *a fortiori* et *a pari :* « Ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet » (argument d'analogie). Toutefois l'argument d'analogie perd sa valeur lorsque la disposition d'où il est tiré a un caractère exceptionnel ; comme on le verra (n° 223), les dispositions exceptionnelles ne sont pas susceptibles d'extension.

On peut encore employer l'argument *a contrario* : « Qui dicit de uno, negat de altero », « Inclusione unius fit exclusio alterius ». Mais cet argument est souvent trompeur, parce que les énonciations de la loi peuvent être faites à titre d'exemples et n'avoir qu'une valeur démonstrative, d'où il suit qu'on se trompe en appliquant une règle contraire à des cas semblables.

D. — Conflit entre deux textes contraires.

223. Moyens divers de résoudre le conflit. — Souvent le texte le plus ancien sera abrogé par le plus récent, auquel cas il n'y a pas de conflit, puisqu'il n'existe plus qu'un seul texte ; mais il peut arriver que les deux textes contraires soient tous deux *en vigueur en même temps.* En ce cas, il faut les combiner d'après les règles suivantes :

1° L'un peut être considéré comme une *décision de principe;* l'autre comme une *disposition d'exception.* Celle-ci doit s'interpréter restrictivement et n'est pas susceptible d'extension : « Exceptio est strictissimæ interpretationis ». C'est pour cette raison qu'il n'y a pas de *privilège* sans texte, parce que de droit commun tous les créanciers viennent en concours et se partagent au marc le franc les biens de leur débiteur (art. 2093), tandis que les créanciers *privilégiés* sont payés avant les autres.

2° Il est possible que les deux textes visent des hypothèses différentes ; alors le conflit cesse, chacun d'eux ayant son champ d'action distinct.

E. — Observations générales.

224. La logique judiciaire et l'utilité sociale. — Il existe ainsi, depuis bien des siècles, une *logique judiciaire*, qui a ses origines dans la jurisprudence romaine et son modèle dans l'habileté déployée par les jurisconsultes anciens, surtout ceux de la belle époque appelée le *droit classique* (Ier-IIIe siècles après J.-C.). Malheureusement il est sorti de là un art un peu étroit, qui borne son ambition à combiner les textes d'une manière presque mécanique, et à trouver des solutions sans prendre souci de leur valeur. Cette logique judi-

ciaire, qui a eu sa littérature (1), tourne vite à l'abus et risque d'abaisser l'esprit du juriste. Si la science juridique se réduisait à cela, on pourrait sans grand dommage fermer les écoles de droit; les études d'avoué, les greffes, les bureaux du contentieux des grandes compagnies suffiraient pour former des praticiens; on se tirerait d'affaire avec quelques manuels, des répertoires alphabétiques et des recueils d'arrêts, et toute la raison humaine tiendrait, pour le juriste, dans quelques brocards. Mais la science du droit est autre chose : c'est une science véritable, qui ne se borne pas à la connaissance des textes de la loi et des décisions judiciaires, ni à l'art du raisonnement juridique. Elle suppose un ensemble de connaissances variées, des investigations poursuivies dans plusieurs directions différentes. Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques; il apprécie et juge les lois. Pour cela il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'*histoire du droit* lui fera connaître l'*origine* des institutions; l'*économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques;* la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission. La méthode logique traite toutes les questions comme des théorèmes de géométrie, à l'aide d'un corps d'axiomes qui contiennent en eux virtuellement la solution de toutes les difficultés possibles. Cette méthode a l'inconvénient de faire fonctionner la jurisprudence à la façon d'une mécanique aveugle, indifférente au bien ou au mal qu'elle fait. Or les lois sont établies pour procurer aux hommes la plus grande somme d'utilité possible. Une science juridique qui aboutirait à des solutions injustes ou dangereuses serait fausse, elle irait contre son but. La méthode logique ne doit pas être employée seule; elle doit être tempérée par des considérations d'utilité et d'équité. Il y a évidemment une mesure à garder, pour que le juge, qui n'est qu'un interprète, ne substitue pas sa pensée personnelle à l'autorité des lois; mais il y a aussi quelque chose à faire pour que la loi, interprétée mécaniquement, ne se retourne pas contre son but qui est le bien social (2). Ce sont là des idées répandues par Ihering, qui dès 1865, dans son *Esprit du droit romain* (trad. française, t. IV, §§ 69-71, notes 478 et 480), s'attaquait déjà aux constructions géométriques et aux idées *a priori*. Plus tard il a développé à nouveau ses idées sur l'influence du *but à atteindre*, dont il voulut faire, à la place de la logique, le régulateur suprême des décisions juridiques (*Zweck im Recht*).

225. Bibliographie. — Ihering, *Der Zweck im Recht*, 3e édit., 1893, traduction fran-

(1) A.-F.-J. Thibaut, *Théorie de l'interprétation logique des lois*, traduit de l'allemand par C. de Sandt et Mailher de Chassat, Paris, 1811; nouv. édit., 1845; autre traduction par Rittinghausen et de Sandt, Bruxelles, 1837. — Delisle, *Principes de l'interprétation des lois*, Paris, 1852, 2 vol. — Hortensius Saint-Albin, *Logique judiciaire*, Paris, 1841. — Félix Berriat-Saint-Prix, *Manuel de logique judiciaire*, 2e édit., 1876, in-18.

(2) Ces lignes étaient déjà écrites depuis plusieurs années lorsque M. Gény a publié dans la *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur* un *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé* (Dijon, 1897, t. VII, p. 307; t. VIII, p. 123), qui a paru depuis en librairie (Paris, 1899). Il condamne comme moi « l'abus d'une logique étroite et stérile » et cherche dans quelle mesure et par quels procédés on pourrait élargir le rôle de l'interprète. Il constate que les rédacteurs du Code avaient cru laisser à l'interprétation des textes la liberté assez grande dont on avait joui dans l'ancien droit : « Ce sentiment, dit-il, persista fort énergique chez les premiers commentateurs qui avaient été formés à l'étude de la jurisprudence sous un régime antérieur à la codification »; mais quand on arrive à une nouvelle génération de jurisconsultes, celle de la seconde moitié du XIXe siècle, on voit l'interprétation du droit codifié aboutir à une formule tranchante et rigide. La méthode d'interprétation étroite a été exposée, dès 1841, dans un *Mémoire* lu par Blondeau à l'Académie des Sciences morales et politiques (volume publié en 1893 par MM. Vergé et Loiseau, p. 362 et 445). Les idées de Blondeau, plus ou moins atténuées, ont été la base de la méthode employée dans tous nos traités de droit civil, et reconnaissable jusque dans les ouvrages les plus récents. Le postulat de cette méthode consiste à croire que tout le droit positif tient nécessairement dans la loi écrite, et que toutes les solutions s'en peuvent tirer par voie de déduction. M. Gény rappelle à ce propos le mot de M. Bugnet : « Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le Code Napoléon. » Si donc les auteurs se sont trop souvent complu dans le développement à outrance des formules légales, il existe actuellement une tendance contraire : on veut, sans sacrifier le respect dû à la loi écrite, tenir compte du rôle social du droit et des résultats de ses applications. Comp. ci-dessus, nº 122.

çaise par Meulenaere, Paris, 1901. — Ch. Brocher, *Études sur les principes généraux de l'interprétation des lois et spécialement du Code français*, 1862, in-12° — François Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, 1899. Bibliographie abondante. — Paul Van Der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris, 1907. — François Gény, *Science et technique en droit privé et positif*, 1re partie, Paris, 1914.

CHAPITRE VI

DE L'ABROGATION DES LOIS

§ 1. — *De l'abrogation proprement dite.*

226. Définition. — *Abroger une loi*, c'est lui retirer sa force obligatoire, soit qu'on remplace ses dispositions par des dispositions différentes, soit qu'on la supprime purement et simplement. Par exemple, la loi du 18 mai 1816, qui a aboli le divorce, avait retiré leur force légale aux articles du Code civil qui l'autorisaient et le réglementaient, sans les remplacer par rien. Mais ce dernier cas est exceptionnel ; ordinairement la loi abrogée est remplacée par une autre loi.

Le mot *abrogation* est emprunté aux habitudes romaines. Quand la loi était votée par les comices, sa proposition s'appelait *rogatio*, son abolition *abrogatio* : « Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur » (Ulpien, *Regulæ*, 3).

L'abrogation d'une loi peut être *expresse* ou *tacite*.

227. Abrogation expresse. — Elle résulte d'un article spécial d'une loi nouvelle disant : « La loi du... est abrogée. »

L'exemple le plus remarquable d'abrogation expresse se trouve dans la loi du 30 ventôse an XII : cette loi, en promulguant le Code civil, a abrogé en masse tout l'ancien droit (art. 7). Aucune autre abrogation ne peut se comparer à cette opération colossale (voyez ci-dessus, n° 82).

228. Abrogation tacite. — Elle résulte de l'*incompatibilité* entre les dispositions de la loi nouvelle et celles des lois antérieures. A moins d'admettre que le législateur a fait une œuvre inutile, il faut bien considérer les règles anciennes comme abrogées, puisqu'elles sont contraires aux règles nouvelles, et que les unes et les autres ne peuvent pas recevoir en même temps leur exécution. Il y a donc une inadvertance de la part des rédacteurs de nos lois modernes dans cet article final qu'ils ne manquent jamais d'écrire : « Toutes les dispositions des lois et décrets actuellement en vigueur et *contraires à la présente loi* sont abrogées. » Une telle précaution est entièrement inutile ; le principe de l'abrogation tacite suffit : c'est parler pour ne rien dire.

L'abrogation tacite ne détruit pas toujours en entier les lois antérieures ; elle fait seulement tomber celles de leurs dispositions dont le maintien empêcherait l'application de la loi nouvelle. — Quand l'abrogation tacite porte sur une disposition principale, celle-ci entraîne dans sa chute toutes les dispositions qui en dépendent.

229. Qui peut abroger les lois. — Le pouvoir d'abroger une loi n'appartient naturellement qu'à l'autorité qui a le pouvoir de la faire. Ainsi une loi constitutionnelle ne peut être abrogée que par le pouvoir constituant, et non par une loi ordinaire ; une loi ne peut l'être que par les Chambres législatives et non par un décret. Il faut donc respecter la hiérarchie des pouvoirs établis ; mais les dispositions d'un décret peuvent être abrogées par une loi, celles d'une loi ordinaire par une loi constitutionnelle. Le pouvoir supérieur peut défaire l'œuvre du pouvoir qui lui est subordonné.

230. Possibilité d'un conflit entre la loi nouvelle et la loi abrogée. — On

a vu que les lois nouvelles sont mises en vigueur successivement, sur les diverses parties du territoire ; c'est du moins le cas ordinaire. Comment se combinera l'application de deux lois françaises, dont la seconde abroge la première, pendant le temps où la loi nouvelle n'est exécutoire que dans une partie de la France, tandis que le reste du pays est encore régi par l'ancienne loi? Jusqu'en 1870 cet intervalle était assez long ; il allait pour certaines régions à plus d'une semaine, 8 jours pour Perpignan et Bayonne, 9 jours pour Nice, 14 jours pour la Corse. Depuis le décret du 5 novembre 1870, la mise en vigueur des lois est plus rapide, mais elle laisse encore un intervalle d'un, deux ou trois jours. Comment fera-t-on si un Français, domicilié dans un département où la loi n'est pas encore en vigueur, fait un acte dans un milieu où elle est déjà applicable? laquelle des deux lois lui appliquera-t-on, l'ancienne ou la nouvelle? La question s'est rarement présentée. La jurisprudence l'a résolue conformément aux règles de l'ancienne théorie des statuts : les lois de statut personnel ne sont applicables à un Français que si elles sont déjà devenues exécutoires dans le lieu de son domicile ; toutes les autres lois (police et sûreté, forme des actes, statut réel) deviennent immédiatement applicables dans chaque arrondissement à toutes les personnes qui s'y trouvent (Cass., 20 févr. 1845, D. 45. 1. 107). Il ne faut donc pas dire que ce conflit entre les lois françaises se résout comme le conflit entre les lois françaises et les lois étrangères, puisque c'est le domicile et non la nationalité qui règle le statut personnel.

§ 2. — *De la désuétude.*

231. Survie des lois malgré leur désuétude. — De nombreuses décisions judiciaires ont tranché la question : un *décret* ou une *loi* subsiste indéfiniment tant que ses dispositions n'ont pas été régulièrement abrogées et on peut toujours y revenir pour en ordonner l'exécution. L'usage, même plus sensé et plus juste que la loi, est sans force contre elle, parce qu'il est *irrégulier*.

Dans un pays où il existe un pouvoir législatif régulièrement organisé et toujours prêt à fonctionner, le maintien indéfini des lois n'a pas d'inconvénients, puisqu'elles peuvent à tout moment être rapportées. La solution contraire serait dangereuse parce qu'*on ne saurait jamais à quel moment l'inexécution d'une loi est assez prolongée pour la détruire.* Elle était cependant admise dans notre ancien droit.

La possibilité de la désuétude a, de nos jours, été soutenue quelquefois, notamment par M. Beudant (*Cours*, Introd., nº 105). En fait, on pourrait citer un certain nombre de lois qui ont cessé d'être observées. Telle a été pendant longtemps la loi du 18 novembre 1814 qui interdisait de travailler les dimanches et jours de fêtes religieuses ; elle était tombée en désuétude bien avant d'être officiellement abrogée par la loi du 12 juillet 1880. Tel est encore le décret du 27 mars 1852, qui rendait au Code civil le nom de « Code Napoléon » ; on ne l'observe plus depuis 1870, et il n'a pas été rapporté. La question de désuétude a été agitée à propos du décret du 2 mars 1848 et de l'arrêté du 21 mars suivant, interdisant le *marchandage* ; il a été jugé que ces deux textes, bien qu'ils n'eussent pas été appliqués depuis de longues années, n'étaient pas abrogés par la désuétude (Paris, 9 juill. 1897, D. 97. 2. 401 ; Cass. crim., 4 févr. 1898, D. 98. 1. 369). Voyez aussi les observations du *Dalloz*, 1907, 4e partie, p. 73, note 1 *bis*, et p. 79, note 1.

232. Désuétude des règlements de police. — Si les lois tombées de fait en désuétude sont nombreuses, c'est bien pis encore pour les règlements de police. On pourrait mettre au défi l'administration municipale de n'importe quelle grande ville de faire observer tous les arrêtés qui n'ont jamais été rapportés. Ceux qui dorment inutiles dans les archives sont innombrables, et leur inexécution tient à une raison décisive : c'est que l'administration elle-même en ignore souvent l'existence. Cependant la Cour de cassation décide que ces règlements ne s'abrogent pas par le laps de temps, quelque complète qu'ait été leur inexécution (Cass. crim., 8 janvier 1864, D. 66. 5. 402 ; 17 janv. 1868, D. 68. 1. 363, S. 68. 1. 422 ; 31 janv. 1873, *Bulletin de la chambre criminelle*, t. 78, nº 31 ; 19 févr. 1887, *ibid.*, t. 92,

n° 71). Cette jurisprudence serait essentiellement dangereuse : ce serait le triomphe de l'arbitraire, si les administrations municipales ne vivaient pas sous le contrôle direct de l'opinion.

CHAPITRE VII

DURÉE D'APPLICATION DES LOIS

233. Trois périodes à distinguer. — En principe, une loi ne s'applique qu'aux faits accomplis *pendant le temps où elle est en vigueur*. Cependant il arrive qu'une loi régisse des *faits antérieurs à sa promulgation* ou *postérieurs à son abrogation*.

§ 1. — *Application de la loi entre sa promulgation et son abrogation.*

234. Commencement et fin de cette période. — Le moment précis auquel commence l'application d'une loi, est l'expiration du délai qui suit la promulgation. Rappelons que dans le système français ce délai est fixé séparément pour chaque arrondissement, sauf le cas où une disposition expresse a déterminé un jour unique et éloigné pour la mise en vigueur de la loi. — Le moment précis où une loi cesse de s'appliquer est celui où la loi qui l'abroge entre en vigueur.

235. Cas où la loi est ignorée des particuliers. — Les particuliers peuvent-ils exciper de leur bonne foi pour se soustraire à l'application de la loi nouvelle? Peuvent-ils soutenir que, malgré la promulgation effectuée par le gouvernement, cette loi n'est pas venue à leur connaissance? Il faut distinguer entre la situation normale et les cas exceptionnels.

236. Effet régulier de la promulgation. — En principe, les particuliers ne peuvent pas échapper à l'application de la loi nouvelle en alléguant qu'ils en ignoraient l'existence. La loi, devenue obligatoire par sa promulgation, oblige tous ceux qui se trouvent soumis à son empire, même quand ils l'ignorent. Si on n'admettait pas ce principe, l'autorité des lois serait compromise ; tant pis pour ceux qui sont mal renseignés. Cette règle, un peu dure parfois, est une nécessité sociale.

237. Première exception. — Celle-ci ne peut se réaliser que par l'effet d'une cause accidentelle et grave, telle qu'une *invasion ennemie, lorsqu'une portion du territoire est restée sans communication avec le reste de la France* et a ignoré la promulgation de la loi. Déjà avant 1870, on était d'accord pour admettre que la loi ne serait pas obligatoire dans cette région tant que la promulgation n'y serait pas connue. L'art. 1er du Code dit en effet que la loi devient obligatoire « le jour où la promulgation *pourra* être connue », or elle *n'a pas pu* l'être. — Depuis 1870, la difficulté ne se posera même pas, si le *Journal officiel* n'est pas parvenu au chef-lieu de l'arrondissement (voyez ci-dessus, n° 170). — Cette exception est plus apparente que réelle, puisque si la loi n'est pas obligatoire dans cette région, c'est qu'en réalité elle n'y a pas été promulguée.

238. Seconde exception. — Elle se rencontre *à propos des contrats*. Quand un contrat est conclu peu de temps après la promulgation d'une loi nouvelle qui en modifie les effets ou l'utilité, et que l'une des parties ignore l'existence de cette loi, cette circonstance peut donner ouverture à une *action en nullité* qui fera tomber le contrat. Ceci résulte des principes généraux : c'est l'effet d'une *erreur de droit* qui a *vicié* le consentement. — Ce genre d'erreur ne suppose pas nécessairement l'existence d'une loi toute récente : il peut être commis relativement à une loi déjà ancienne.

239. Troisième exception. — Elle a été admise sans grande utilité et contrairement à la tradition par le décret du 5 novembre 1870. Elle a lieu *pour les lois pénales*, lorsque la loi qui entre en vigueur établit un délit nouveau, impuni jusqu'alors : si la contravention a lieu dans les trois jours qui suivent la promulgation, le coupable pourra être *excusé* (dispensé de la peine).

§ 2. — *Application d'une loi aux faits antérieurs à sa promulgation.*

***240. Principe de non-rétroactivité.** — Le principe de la *non-rétroactivité des lois* est ainsi formulé dans l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » Les raisons qui ont fait établir ce principe sont très simples : il est la sauvegarde nécessaire des intérêts individuels. Il n'y aurait aucune sécurité pour les particuliers, si leurs droits, leur fortune, leur condition personnelle, les effets de leurs actes et de leurs contrats, pouvaient à chaque instant être remis en question, modifiés, supprimés par un changement de volonté du législateur. L'intérêt général, qui n'est ici que la résultante des intérêts individuels, exige donc que ce qui a été fait régulièrement sous l'empire d'une loi soit considéré comme valable, et par suite soit stable, même après le changement de législation.

A. — Notion de la rétroactivité.

***241. Définition usuelle.** — La façon dont il convient d'entendre la *rétroactivité* des lois est un des points les plus mal élucidés du droit civil. On se sert d'ordinaire, pour définir la rétroactivité, d'une distinction entre les *droits acquis* et les *simples expectatives* (1).

La loi est rétroactive quand elle modifie les droits acquis ; mais elle ne l'est pas quand elle se borne à détruire de simples expectatives. On peut considérer cette distinction comme donnant la formule du droit français moderne sur cette question, mais elle n'en est pas moins absolument fausse au point de vue scientifique (2). Personne n'a jamais pu donner une définition satisfaisante du « droit acquis ». On semble en général s'en tenir à cette idée que le droit acquis est un droit définitif, qui ne peut être ravi à celui qui le possède, tandis que l'expectative est un droit non encore né, une espérance qui peut s'évanouir.

Mais cette distinction, ainsi présentée, a le tort de ne fournir aucun critérium. On dit « il y a droit acquis », quand la loi ancienne s'applique à l'exclusion de la nouvelle, et « simple expectative », quand les intéressés subissent l'effet du changement de législation. Ces expressions traduisent les *résultats* de la distinction et ne donnent en réalité aucun *moyen* de la faire : ce qu'il faudrait expliquer, c'est justement *pourquoi* la loi nouvelle ne s'applique pas à certaines situations acquises sous l'empire de la loi ancienne.

Pour sortir de difficulté, Laurent a imaginé de substituer à la distinction courante une autre distinction entre le *droit* et l'*intérêt* (*Principes*, t. I, nos 153-161) ; il a été suivi par M. Huc (*Commentaire*, t. I, no 60). Mais cette distinction, dépourvue de toute valeur scientifique (car le *droit* n'est qu'un *intérêt* reconnu par la loi), aboutit à des obscurités plus grandes encore que celles de la doctrine commune.

242. Difficultés pratiques pour l'application de la distinction traditionnelle. — La distinction usuelle des droits acquis et des expectatives, quelle que soit la définition que l'on donne des uns et des autres, est contredite à chaque pas par la nécessité de ranger dans l'une des deux classes des facultés ou des avantages qui répondent à la défi-

(1) Cette distinction paraît avoir été exposée pour la première fois avec netteté par Blondeau en 1826 (*Thémis*, t. VII) ; elle a été adoptée par tous les jurisconsultes, développée notamment par Valette (Notes sur le traité *De l'état des personnes*, de Proudhon) et par Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, t. I), reproduite dans tous les manuels et appliquée par la jurisprudence.

(2) Son inexactitude a été démontrée par M. de Vareilles-Sommières (*Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, *Revue critique*, 1893).

nition de l'autre (1). La plupart des auteurs le sentent bien, et ils modifient, chemin faisant, les formules primitives par des correctifs, qui, loin d'en réparer l'insuffisance, ne font que rendre leur pensée plus insaisissable. La difficulté vient principalement de ce qu'on a voulu définir, à l'aide des mêmes formules, deux choses différentes : 1° la *rétroactivité* de la loi nouvelle, se reportant dans le passé à des faits que la loi ancienne devrait seule régir ; 2° la *survie* de la loi ancienne continuant à régir des faits qui se placent sous l'empire de la loi nouvelle. Le premier point nous occupe seul pour le moment.

***243. En quoi consiste la rétroactivité.** — La formule à laquelle il convient de s'arrêter est celle-ci : la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les *conditions de légalité d'un acte*, soit pour modifier ou supprimer les *effets d'un droit déjà réalisés*. Hors de là il n'y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les *effets futurs* de faits ou d'actes même antérieurs, sans être rétroactive.

B. — Application des lois dépourvues de rétroactivité.

244. Principe. — Les *actes juridiques*, comme les contrats, et les *actes matériels*, comme les délits, n'exigent en général qu'un temps très court pour leur accomplissement, et ils se placent en entier sous le règne d'une seule loi. Ils doivent être régis *exclusivement par la loi en vigueur au moment de leur accomplissement;* si une loi postérieure leur devenait ensuite applicable, il y aurait rétroactivité. Par conséquent, il conviendrait de créer une règle nouvelle, qu'on pourrait formuler ainsi : « Tempus regit actum », par analogie avec la règle symétrique, relative à l'autorité territoriale des lois : « Locus regit actum » (n°s 186-4° et 194).

Des exemples vont préciser l'application de ce principe.

***245. Actes juridiques.** — Tout ce qui concerne soit les *conditions de validité*, soit les *formes*, soit les *moyens de preuve* d'un acte juridique, doit être apprécié uniquement d'après la loi en vigueur au jour où il a été fait et non d'après les lois postérieures ; il serait tout à fait injuste de faire grief aux parties de n'avoir pas observé une loi qui n'existait pas encore. Ainsi la *transcription* a été établie comme une formalité nécessaire pour l'acquisition d'un immeuble par la loi du 23 mars 1855. Elle n'est devenue une condition de validité que pour les ventes postérieures au 1er janvier 1856, jour de la mise en vigueur de la loi ; les achats antérieurs en sont restés dispensés (L. 23 mars 1855, art. 11) ; la loi n'a pas été rétroactive.

Une loi du 28 mars 1885 relative aux opérations de bourse appelées *marchés à terme*, a supprimé pour elles l'*exception de jeu* établie par l'art. 1965 C. civ. Cette exception permettait au joueur, qui avait perdu par la hausse ou la baisse des fonds, de refuser de régler la différence. La suppression de cette exception n'a eu d'effet que pour l'avenir, conformément à l'art. 2 C. civ. ; les contrats passés sous l'empire de l'art. 1965 C. civ. sont restés sans force ; chacun des joueurs a conservé le droit de se servir de l'exception, car la loi nouvelle eût été rétroactive si elle avait validé des engagements antérieurs à sa promulgation. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée (18 avril 1887, D. 87. 1. 153, S. 87. 1. 157 ; Cass., 12 juill. 1888, D. 88. 1. 10).

La loi du 12 janvier 1886 a établi *la liberté du taux de l'intérêt* en matière commerciale ; auparavant on ne pouvait stipuler plus de 6 0/0 d'intérêts, et l'emprunteur avait le droit de faire réduire l'intérêt au taux légal ou de se faire restituer l'excédent, s'il l'avait déjà payé. Il a été jugé que la loi du 12 janvier 1886 n'avait pas enlevé le droit d'obtenir la réduction ou la restitution aux personnes qui avaient emprunté à un taux usuraire antérieurement à sa mise en vigueur, parce qu'il s'agissait d'apprécier la validité de la promesse d'intérêts,

(1) Il est inutile de refaire ici une démonstration qui a été fort bien faite par M. de Vareilles-Sommières, qui met « au défi le plus délié civiliste » de donner des définitions satisfaisantes du droit acquis et de l'expectative (*loc. cit.*, p. 452). Nul ne relèvera ce défi, car la classification est artificielle et vicieuse, et ni l'une ni l'autre de ces deux catégories ne présente un seul caractère qui lui soit propre.

ce qui ne pouvait se faire que d'après la loi ancienne (Cass., 20 juin 1888, D. 89. 1. 25, S. 89. 1. 9).

Les *moyens de preuve* d'un contrat sont encore déterminés par la loi en vigueur au jour du contrat. Bien qu'ils soient utilisés longtemps plus tard, et peut-être à un moment où la loi a changé, ils sont *préconstitués*, c'est-à-dire préparés et créés par les parties au moment où la convention est faite. Ce sont donc des faits anciens par rapport à la loi nouvelle et qui ne doivent pas être réglés par elle.

***246. Délits.** — Si une loi vient frapper d'une peine un fait jusqu'alors impuni, ou même si elle élève la peine d'une infraction, cette peine aggravée ou nouvellement établie ne peut être appliquée qu'aux actes commis postérieurement à la mise en vigueur de la loi nouvelle ; si on appliquait cette loi à des faits antérieurs, il y aurait *rétroactivité*. Cette règle est ainsi formulée dans l'art. 4 C. pén. : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

247. Successions et testaments. — La dévolution des biens d'une personne décédée est gouvernée uniquement par la loi en vigueur au jour où se produit le décès. L'application de cette règle aux *successions ab intestat* ne souffre pas de difficultés. Si une loi modifie l'ordre successoral et appelle en première ligne des parents qui avaient jadis un rang plus éloigné, elle s'appliquera sans doute aux successions ouvertes après sa mise en vigueur ; mais les successions ouvertes auparavant doivent être réglées conformément à la loi ancienne : la loi nouvelle *rétroagirait*, si elle leur était applicable. Nos tribunaux ont eu à faire l'application de cette règle à l'occasion des lois du 9 mars 1891 et du 25 mars 1896, qui ont augmenté les droits héréditaires du conjoint survivant et des enfants naturels.

Pour les *testaments*, l'application de la règle de non-rétroactivité est un peu plus compliquée, parce qu'il y a lieu de distinguer la *confection du testament* et la *réalisation de ses effets*. La confection du testament et la régularité de sa forme sont appréciées uniquement d'après la loi en vigueur au jour où il a été fait ; par conséquent, si une loi changeant les manières de tester survient dans l'intervalle entre la date du testament et la mort du testateur, le testament fait dans la forme ancienne reste valable. Au contraire, l'attribution des biens en vertu du testament s'accomplit seulement au jour du décès du testateur ; par conséquent, si une loi survient dans l'intervalle, qui réduise la quotité de biens dont il est permis de disposer par testament, cette loi s'appliquera et réduira le bénéfice que les légataires auraient pu obtenir d'après le testament. De la sorte chaque loi régit le fait qui se passe pendant le temps de sa vigueur.

248. Procédures et prescriptions. — Il peut arriver *qu'un acte demande un temps assez long pour s'accomplir* et qu'un changement de législation survienne pendant ce temps. Telles sont d'abord les *procédures*, comme celles de l'*adoption* et du *divorce*. Les actes de procédure déjà accomplis resteraient valables, mais la suite devrait être régie par la loi nouvelle, qui devient immédiatement applicable. Le changement est parfois réglé par la nouvelle loi au moyen de dispositions transitoires (L. 18 avril 1886, sur la procédure du divorce, art. 7).

Telles sont aussi les *prescriptions*. Quand une loi en modifie la durée, soit pour l'allonger, soit pour la réduire, les prescriptions déjà accomplies ne sont pas touchées, mais celles qui sont en cours subissent l'effet du changement. Ainsi, avant la Révolution, toutes les servitudes pouvaient s'acquérir par la prescription. Survint le Code civil qui fit une distinction et déclara la prescription impossible pour diverses catégories de servitudes. L'effet des prescriptions déjà achevées est resté acquis, mais ceux qui étaient en train de prescrire des servitudes rendues imprescriptibles par le Code ont vu leur espérance s'évanouir.

Le cas où la loi nouvelle abrège la durée de la prescription est plus difficile à régler. Supposons que la prescription nécessaire pour acquérir la propriété immobilière soit ramenée de trente à quinze ans. La loi nouvelle sera rétroactive pour toutes les possessions ayant déjà plus de quinze ans d'existence, si on l'applique purement et simplement, car elle attribuera une conséquence juridique (l'acquisition de la propriété) à un fait (la durée d'une possession supérieure à quinze ans) qui s'est passé entièrement sous l'empire de la loi an-

cienne. La solution la plus juridique semblerait être d'établir une proportion entre le temps écoulé et le temps à courir : s'il y a déjà un tiers, un quart, une moitié... du délai couru sous la loi ancienne, on calculera ce que la portion restante de la prescription demande de temps pour s'achever d'après la loi nouvelle. Comparez l'art. 2281, qui a laissé s'achever les prescriptions en cours au moment de la promulgation du Code civil.

C. — Exceptions à la règle de non-rétroactivité.

249. Énumération. — Par exception à la règle, certaines lois produisent leur effet rétroactivement, et s'appliquent aux faits anciens, quelle que soit leur date. Il en est ainsi dans *trois cas* : 1° quand le législateur l'a déclaré expressément ; 2° quand la loi est interprétative ; 3° quand c'est une loi pénale qui diminue ou supprime une peine.

250. Lois déclarées rétroactives. — Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est pas un principe d'*ordre constitutionnel*, capable de lier le législateur lui-même ; il est écrit dans une loi ordinaire, l'art. 2 C. civ. ; par conséquent, il peut être méconnu par une autre loi. Mais la règle légale est obligatoire pour le *juge;* il y aurait lieu à cassation pour violation de l'art. 2, si le juge donnait un effet rétroactif à une loi. Le principe n'est donc fait que pour l'interprétation des lois, et le législateur reste libre de donner, quand il lui plaît, la rétroactivité aux dispositions qu'il édicte. Comp. Wahl, S. 1902. 1. 513.

Nous en avons, en France, un exemple célèbre dans la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794). La Convention, voulant attacher le plus possible les jeunes générations à l'état de choses créé par la Révolution, fit une loi sur les *successions* toute empreinte de l'esprit d'égalité. Pour réduire plus rapidement les effets des anciennes lois successorales, elle donna à cette loi une force rétroactive, qu'elle reporta à près de cinq années en arrière, jusqu'au 14 juillet 1789, en la déclarant applicable à toutes les successions ouvertes depuis lors, même à celles qui étaient déjà liquidées et partagées. Il fallut recommencer les partages : voilà la véritable loi rétroactive. — Autre exemple récent : L. 13 juillet 1907, sur la capacité des femmes mariées, rendue applicable même aux contrats de mariage antérieurs à sa promulgation.

251. Lois interprétatives. — Les lois interprétatives n'établissent pas de règles spéciales : elles ne font que déterminer le sens des lois existantes ; par conséquent, elles peuvent s'appliquer même à des faits antérieurs à leur promulgation. Leur rétroactivité n'est qu'apparente, car ce n'est pas la loi interprétative, c'est la loi primitive qui s'applique (1). — Les lois établissant des *présomptions légales* possèdent également une rétroactivité qui leur est naturelle (Cass., 8 févr. 1904, D. 1904. 1. 117, S. 1905. 1. 17 ; Cass., 23 juin 1904, D. 1905. 1. 10). Comp. Grenoble, 19 juill. 1905, D. 1906. 2. 137.

252. Lois modérant les pénalités. — Cette exception résulte implicitement de l'art. 4 du Code pénal. Elle est fondée sur des raisons d'équité et d'humanité : quand une peine est reconnue inutile ou excessive, il n'y a plus lieu de continuer à l'appliquer. Le fait s'est produit souvent depuis 1810, car la législation du Premier Empire était très sévère, et la pénalité est toujours allée en s'atténuant depuis lors.

On a eu l'occasion d'en faire deux applications intéressantes. Les lois du 28 mars 1885 (suppression de l'exception de jeu pour les marchés à terme) et du 12 janvier 1886 (liberté de l'intérêt en matière commerciale) n'ont pas été considérées comme rétroactives au point de vue civil ; elles n'ont pas eu pour effet de rendre valables des contrats sans force d'après le droit antérieur (ci-dessus, n° 245) ; néanmoins on leur a accordé la rétroactivité en tant

(1) Quelquefois, pour atténuer les inconvénients de la rétroactivité, le législateur, en rendant une loi interprétative, détermine équitablement le sort des actes antérieurs à l'interprétation qu'il donne. Ainsi la loi du 21 juin 1843, sur les actes notariés, a déclaré valables tous les actes antérieurement reçus par un seul notaire, sur la foi d'une habitude générale, tout en décidant que ce procédé était irrégulier. — Quelquefois aussi il attribue à sa loi le caractère interprétatif pour la faire rétroagir sans l'avouer (L. 13 avril 1908, sur la séparation des Églises et de l'État). Sur le véritable caractère de cette loi, voir Poitiers, 1er mars 1909, et Toulouse, 8 mars 1909, P. et S., 1909. 2. 101 et 153, et les notes.

qu'elles supprimaient les pénalités établies par la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt et par les art. 421 et 422 C. pén. sur les marchés à terme ; elles ont donc mis fin à toute poursuite pénale, même pour faits antérieurs.

D. — Changements survenus dans le caractère de la règle.

253. Système de la Convention. — La rétroactivité des lois peut être bienfaisante et légitime, dans certains cas, à la condition que le législateur en use avec intelligence et avec mesure. Mais des dispositions comme celles de la loi de nivôse an II, qui bouleversent les fortunes privées dans un intérêt politique, sont, selon le mot de M. Beudant, de véritables « folies législatives ». Instruite par le spectacle des malheurs qu'elle avait causés, la Convention voulut les empêcher à l'avenir, et elle fit du principe de *non-rétroactivité des lois civiles* une règle constitutionnelle (Const. 5 fructidor an III, Déclaration des droits, art. 14). Aucune autre Constitution n'a reproduit cet article ; la Constitution du 22 frimaire an VIII est muette sur la rétroactivité des lois ; ainsi la non-rétroactivité des lois n'a été une règle obligatoire pour le législateur que sous le gouvernement du Directoire créé par la Constitution de l'an III.

254. Système moderne. — Actuellement le principe de non-rétroactivité n'a plus que la valeur d'une règle d'interprétation pour le juge ; il ne lie plus le législateur. L'art. 2 signifie qu'à moins d'une volonté contraire manifestée par le pouvoir législatif, les tribunaux ne doivent point faire rétroagir les lois.

§ 3. — *Application d'une loi aux faits postérieurs à son abrogation.*

255. Principe. — En principe, l'abrogation de la loi ancienne est *instantanée*, de sorte qu'elle est désormais hors d'état de recevoir aucune application aux faits nouveaux. Si le passé doit être régi par les lois anciennes, conformément à la règle de non-rétroactivité, l'avenir est le domaine propre des lois nouvelles, et il doit leur appartenir tout entier, tant qu'elles durent.

Le sort des actes déjà accomplis ou des effets juridiques déjà réalisés et terminés avant la mise en vigueur de la loi nouvelle résulte suffisamment de ce qui a été dit plus haut sur la rétroactivité (nos 244 à 248). Mais il faut tenir compte de certains *états de droit* susceptibles de se prolonger longtemps. Quelques-uns même, comme la propriété, la noblesse l'esclavage, dépassent de beaucoup la durée de la vie humaine et se transmettent héréditairement. Ces situations sont naturellement exposées aux changements législatifs qui sont fréquents ; *en principe, elles en subissent l'effet.* L'étendue, la nature, le mode d'exercice de nos droits et de nos charges, peuvent à tout moment être modifiés par une loi nouvelle. C'est dans de rares hypothèses, et pour des raisons particulières qui seront indiquées plus loin, qu'ils continuent à être régis par une loi abrogée. La doctrine des « droits acquis » est donc ici tout à fait en défaut puisque la loi nouvelle va, en règle générale, gouverner les *effets futurs de droits et de situations acquis ou acquises* sous la loi précédente.

256. Justification. — Lorsqu'un état de droit ancien se trouve modifié par la loi nouvelle, est-ce un cas de rétroactivité? On le croit et on le répète sans cesse dans l'opinion commune, mais c'est une erreur. Une loi nouvelle peut modifier un état de droit résultant de faits antérieurs ; si elle le régit *pour l'avenir seulement* et à compter de sa promulgation, il n'y a dans son application *aucun effet rétroactif.* Le temps auquel on l'applique ainsi est son domaine propre ; elle le gouverne tout naturellement par le seul effet de sa mise en vigueur. On a donc pu dire avec beaucoup de raison, et contrairement à l'opinion traditionnelle, que les lois qui ont aboli les droits féodaux, rendu rachetables les anciennes rentes foncières, supprimé l'esclavage des noirs, n'étaient pas des lois rétroactives (Vareilles-Sommières, *Revue critique*, 1893, p. 464, no 46). En effet, le législateur ne nous garantit nullement l'exercice indéfini dans l'avenir de nos droits actuels ; ces droits n'existent et ne

durent qu'autant que la loi qui les régit et qui les permet ; ils doivent subir l'effet de tout changement de législation. Quand la loi a aboli l'esclavage ou la féodalité, l'affranchissement de l'homme et de la terre n'a été prononcé que pour l'avenir, à compter de la promulgation de la loi nouvelle ; ces lois ont mis fin à un état juridique créé antérieurement et susceptible de se prolonger indéfiniment ; elles ont réglé ce qui était l'avenir au moment de leur apparition et ceci est tout autre chose que la rétroactivité (1).

A. — Application des lois de droit public.

257. Nécessité d'une application immédiate et totale. — Le principe qui rend applicables les lois nouvelles à tous faits postérieurs à leur promulgation, gouverne sans aucune exception ni réserve toutes les *lois de droit public* ou ayant un *caractère politique* : qu'il s'agisse de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics, des attributions des agents de l'autorité et des droits politiques que les citoyens exercent individuellement, il est impossible d'admettre que les institutions abolies continuent à fonctionner sous l'empire d'une législation nouvelle ; la forme politique de l'État et son mécanisme restent toujours à la disposition du pouvoir constituant ou législatif, et les changements qui surviennent s'imposent immédiatement aux fonctionnaires et aux particuliers. Ces lois ont pour but de constituer un régime dont la condition nécessaire est l'*unité* et l'*indivisibilité*.

258. Exemples. — C'est pour cela que les lois qui déterminent la *compétence* et la *procédure* s'appliquent à tous les procès, à partir de leur promulgation, même à ceux qui porteraient sur des faits ou sur des actes de date antérieure. Elles s'appliquent même aux procès en cours, et c'est ce qui a permis au ministère Dupuy de faire voter, en février 1899, une loi qui dessaisissait la chambre criminelle de la Cour de cassation du jugement à rendre sur l'affaire Dreyfus, pour donner compétence à cette Cour jugeant toutes chambres réunies.

B. — Application des lois de droit privé.

259. Distinction. — Le même principe gouverne aussi le droit privé, mais d'une façon moins absolue ; il faut en effet faire une part *à la liberté des conventions*, ce qui amène une distinction entre les matières *réglées souverainement par le législateur*, et celles qui *dépendent de la volonté des particuliers*.

1° Points dépendant exclusivement de la volonté de la loi.

260. Exemples. — Avant la Révolution, l'âge de la puberté légale était fixé traditionnellement à 14 ans pour les garçons, à 12 ans pour les filles. Cet âge fut successivement reculé à 15 et 13 ans (L. du 20 septembre 1792), puis à 18 et 15 ans (C. civ., art. 144). A ces deux reprises, les mineurs en âge de contracter mariage, d'après la loi ancienne, ont perdu le droit de le faire jusqu'à ce qu'ils eussent atteint l'âge plus élevé fixé par la loi nouvelle. Naturellement, les mariages accomplis avant la réforme restaient valables, parce qu'il y avait *contrat accompli*, sur la validité duquel la loi ne pouvait revenir sans rétroagir.

En 1792 et en 1884, le législateur français a admis le *divorce* ; à ces deux moments les personnes mariées antérieurement ont acquis le droit de divorcer qu'elles n'avaient pas. De même les personnes qui s'étaient mariées de 1792 à 1816, à une époque où la loi française autorisait la rupture du lien conjugal, ont perdu la faculté de divorcer, quand le gouvernement de la Restauration abolit le divorce en 1816.

(1) Ces idées très simples et très naturelles avaient été énoncées de la manière la plus heureuse par Portalis dans son *Exposé des motifs* du titre préliminaire : « Détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. Or voilà tout ce qu'ont fait les lois qui ont détruit les fiefs, les substitutions » (LOCRÉ, t. I, p. 477 ; FENET, t. VI, p. 265).

Avant 1803, dans les pays de droit écrit, les *femmes mariées* étaient *capables* d'agir sur leurs *biens paraphernaux* sans l'autorisation de leurs maris. Le Code civil a préféré les traditions coutumières et a décidé, pour toute la France, que la femme mariée aurait toujours besoin du consentement de son mari ou, à défaut, de l'autorisation du tribunal. Toutes les femmes mariées des pays de droit écrit sont donc brusquement devenues incapables au mois de mars 1803, même celles qui étaient mariées depuis longtemps. Mais les actes particuliers que ces femmes mariées avaient passés avant la mise en vigueur des art. 215-225 C. civ. sont restés valables, par application des principes déjà exposés. La même réserve est à faire pour toutes les hypothèses de ce genre.

D'après la coutume de Normandie on était majeur à vingt ans. Une loi de 1792 fixa la majorité à 21 ans pour tous les Français. Elle a donc replacé en tutelle et rendu incapables les Normands dont l'âge se trouvait compris entre 20 et 21 ans.

Le décret du 27 avril 1848, qui a aboli l'*esclavage* dans les colonies françaises, a accordé la liberté immédiate à tous les esclaves, même à ceux qui avaient été achetés antérieurement sur la foi de la législation existante.

La loi du 16 novembre 1912, qui a autorisé dans plusieurs cas importants la recherche en justice de la paternité naturelle, s'applique même aux enfants nés avant sa promulgation, car elle n'a fait qu'autoriser la preuve d'un fait permanent (une relation de parenté), et il ne pouvait y avoir *droit acquis* pour le père à rester inconnu et à conserver indéfiniment le bénéfice d'une loi abrogée. Voyez onze jugements en majorité conformes à cette solution, ainsi que la note de M. Gastambide, D. 1913. 2. 229.

2° Points dépendant de la volonté des particuliers.

261. Effet des conventions. — Lorsqu'une convention est formée, les parties se réfèrent souvent à la loi pour en régler les conditions et les effets. Le contrat doit donc être interprété comme si les parties avaient fait passer la substance de la loi dans leur convention en déterminant elles-mêmes les détails conformément aux textes. Par conséquent, la loi nouvelle violerait la foi due aux contrats, si elle avait pour effet de modifier les résultats ou l'efficacité des conventions antérieures. L'exécution de ces conventions devra se faire conformément à la loi abrogée, comme si cette loi était contenue dans le contrat. Ce sera, si l'on veut, l'observation de la convention plutôt que de la loi.

Une application intéressante de ces idées a été faite aux contrats de mariage à la suite de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice à la France. La substitution du Code Napoléon au Code sarde s'y est faite pour l'avenir seulement, en respectant le régime matrimonial des personnes qui s'étaient mariées avant l'annexion sous l'empire des lois italiennes. Voyez les tables de Dalloz, v° Loi sarde, et spécialement Chambéry, 1er avril 1896, D. 96. 2. 432 ; Cass., 27 juill. 1899, D. 1905. 1. 189.

C. — Maintien exceptionnel du bénéfice d'une loi abrogée.

262. Exemples. — Qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé, le législateur est toujours libre de modérer l'application immédiate des dispositions de la loi nouvelle ; il peut, pour ménager des situations dignes d'intérêt, maintenir par une concession spéciale, le bénéfice des dispositions dela loi abrogée.

Ce qui arrive en pareil cas est exactement l'inverse de la rétroactivité attribuée à une loi nouvelle : c'est la *survivance* d'une loi abrogée. De même que la rétroactivité est parfois une mesure sage et bienfaisante, de même ce maintien partiel et temporaire de la vieille loi peut être utile.

L'institution des *majorats* en offre un exemple remarquable. Les majorats étaient des biens immobiliers inaliénables qui formaient la dotation perpétuelle d'un titre de noblesse ; ils étaient transmissibles en ligne directe à l'aîné mâle ; de là venait leur nom. Ils avaient été autorisés en 1806 afin de donner le prestige et la durée à la nouvelle noblesse impériale. Après 1830, cette institution n'était plus en harmonie avec notre organisation politique et

on voulut la supprimer. On aurait pu s'y prendre comme pour la féodalité, et y mettre fin immédiatement ; mais l'intérêt était moins grand, et l'urgence aussi ; on usa de ménagements. La loi du 13 mai 1835, qui défendit d'en établir de nouveaux, réduisit à deux générations l'effet de ceux qui existaient, mais ne les supprima pas.

263. Dispositions transitoires. — Le respect des situations acquises antérieurement, qu'une réforme brusque ruinerait, n'est pas la seule considération dont le législateur ait à se préoccuper pour la mise en vigueur d'une loi nouvelle. Il peut y avoir lieu de régler certaines questions que soulève le changement de législation, et qui sont de nature à se présenter seulement pendant un temps assez court. Le législateur y pourvoit à l'aide de mesures spéciales qui portent le nom de *dispositions transitoires*, parce qu'elles n'ont qu'une durée temporaire et règlent la transition d'un état à l'autre. Le rétablissement du divorce en 1884 a nécessité des dispositions transitoires assez importantes, qui pendant quelque temps ont fort occupé les tribunaux (L. 18 avril 1886, art. 6).

THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES JURIDIQUES

Avis aux étudiants. — En 1895, M. Bufnoir avait établi pour l'enseignement du droit civil un programme qui avait le grand avantage d'alléger la première année, de façon à permettre au professeur d'exposer à ses auditeurs certaines notions générales et préliminaires, sans lesquelles il est impossible de comprendre la moindre question de droit. Bien que le programme actuel (de 1904) ait eu pour résultat de surcharger la première année au point d'en rendre l'exposé presque impossible dans un cours annuel, j'estime qu'il est indispensable de maintenir ces notions en tête du cours, afin d'initier les étudiants au langage même qu'on va leur parler.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

****264. Double sens du mot « acte ».** — Ce mot a dans la langue du droit deux sens différents : tantôt il désigne une *opération juridique* et correspond au latin *negotium*; tantôt il désigne un *écrit probatoire*, destiné à constater quelque chose, et répond au latin *instrumentum*. Une *vente*, une *donation*, un *paiement*, une *remise de dette*, considérés en eux-mêmes et abstraction faite de leur preuve, sont des *actes juridiques*; les *écrits notariés* ou *sous seings privés* qui les constatent sont des actes *instrumentaires*. Les premiers seuls vont nous occuper pour le moment; les actes instrumentaires trouveront leur place plus loin à propos des preuves.

Exemples : « Concours du mari dans l'acte » (art. 217); « actes portant donation » (art. 931); « transcription d'un acte » (art. 1336); « actes passés devant notaires » (art. 1341). Ici *acte* signifie *écrit*. — Ailleurs il est dit que le mineur peut faire « les actes de pure administration » (art. 481); que les « actes passés par l'interdit sont nuls » (art. 502); que les « actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers » peuvent être annulés (art. 1167); que les « actes » faits par le mineur et l'interdit peuvent de même être attaqués (art. 1304). Ici *acte* signifie *opération juridique*.

Parfois cependant la loi confond les deux sens en un seul et parle en même temps de l'acte juridique et de sa preuve écrite. Voyez notamment les art. 219, 778 et 1339 et surtout les art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855.

265. Importance et définition des actes juridiques. — La plupart des rapports de droit qui existent entre les hommes ont pour cause des *actes juridiques*. On appelle de ce nom les *actes accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit*; ils sont dits « juridiques » à raison de la nature de leurs effets.

Les autres causes qui peuvent produire des effets de droit sont ou des *états de fait* ou des *actes matériels*, mais elles sont beaucoup moins productives. Il est rare qu'un simple

état de fait produise des conséquences de droit. Par exemple l'*âge* amène avec lui la majorité et la capacité ; l'*état mental* (folie ou imbécillité) prive le majeur de sa capacité naturelle ; le *voisinage* de deux immeubles entraîne des obligations réciproques pour leurs propriétaires ; la *parenté*, qui est un fait naturel, confère différents droits, comme le droit de succession, et impose des charges, comme l'obligation alimentaire.

Il est un peu plus fréquent de voir un acte matériel, accompli par l'homme, engendrer des effets de droit. C'est le cas pour les *délits* ; la loi oblige l'auteur de l'acte à en réparer les conséquences et fait naître une *créance* au profit de la victime du dommage.

266. Règles communes à tous les actes juridiques. — Les actes juridiques, leurs formes, leurs conditions, leurs effets constituent à eux seuls l'objet principal de la science du droit. Ils sont très variés, et les règles spéciales à chaque catégorie seront expliquées à leur lieu. Mais il existe un petit nombre de *règles élémentaires communes à tous les actes juridiques*, ou qui ne subissent que des modifications très rares. Jadis on avait l'habitude d'exposer ces règles communes, sans ordre et sans méthode, à mesure qu'on les rencontrait à propos d'un acte déterminé. Elles perdaient ainsi une partie de leur physionomie et de leur importance ; on n'en apercevait pas la généralité et la valeur. Il est avantageux de les grouper pour mieux les faire ressortir.

CHAPITRE PREMIER

DE LA VOLONTÉ

§ 1. — *Du nombre des volontés concourant à l'acte.*

***267-269. Pluralité de volontés.** — En principe pour faire un acte juridique, il faut *deux personnes au moins*, parce que la plupart des actes juridiques sont des *conventions*, c'est-à-dire des *accords de volontés* entre diverses personnes. En ce cas, les personnes qui figurent dans un acte juridique en qualité d'*auteurs* de cet acte, prennent le nom de « parties à l'acte » ou plus brièvement « parties ». La volonté de chacune, étant conforme à celle des autres, prend le nom de « consentement », qui indique la similitude des volontés concourant à la formation de l'acte.

Ce mot « consentement » se comprend quand l'acte a plusieurs auteurs ; il est moins juste quand l'acte dépend de la volonté d'une seule personne (ci-dessous, n° 270).

Le nombre des personnes qui sont parties dans un acte n'est pas limité ; il peut atteindre un chiffre quelconque. Exemple : la *fondation d'une grande compagnie*, montée par actions, réunit plusieurs milliers et même plusieurs centaines de milliers de sociétaires.

***270. Volonté unique.** — Il est possible qu'un acte juridique soit accompli par une personne agissant seule, qu'il soit l'œuvre d'une volonté unique. Exemples : la rédaction d'un *testament* ; [une *offre* de vendre, d'acheter, etc.] ; l'*acceptation* de cette offre ; l'*acceptation* ou la *répudiation* d'une succession.

Dans ces exemples l'unité de volonté n'est qu'*apparente*, ou bien elle est *temporaire*. Ainsi le testament ou l'offre de vente ne peuvent pas avoir d'effets par eux-mêmes et à

eux seuls ; il faut que plus tard une autre volonté se rencontre, qui vienne se joindre à la première, et c'est alors seulement que l'effet juridique se réalisera par l'acceptation du legs ou l'acceptation de l'offre. Même pour les successions *ab intestat* on peut découvrir ce concours de volontés : l'offre de succéder est faite par le législateur, qui souvent se borne à présumer la volonté probable du défunt en attribuant sa succession à tel ou tel parent. — Néanmoins quand l'acte total est ainsi décomposé en deux parties, une offre suivie d'une acceptation, comme chacune de ces parties se présente isolément et se gouverne par des règles qui lui sont propres, on peut considérer chacune d'elles comme un acte juridique isolé, accompli par une seule volonté (1).

§ 2. — *Caractères nécessaires pour l'efficacité juridique de la volonté.*

271. Distinction à faire. — Pour que le résultat juridique soit obtenu, il faut d'abord que la volonté *existe* ; il faut ensuite qu'elle réunisse certaines qualités, en l'absence desquelles elle est *viciée* et ne produit que des effets fragiles.

Ainsi deux cas sont à distinguer : *l'absence totale* de volonté et le simple *vice* du consentement, c'est-à-dire de la volonté exprimée.

A. — Absence totale de la volonté.

***272. Effet radical de l'absence de volonté.** — Il se peut qu'un acte juridique ait été accompli matériellement, et que néanmoins la volonté de son auteur fasse absolument défaut. En ce cas, l'acte n'existe qu'en apparence ; dans la réalité il n'y a rien, ou si l'on veut, l'*acte existe en fait, mais non en droit.*

****273. Causes supprimant la volonté.** — Cette absence de toute volonté ayant une valeur juridique peut se produire pour deux causes différentes : le *défaut de raison* en la personne de l'auteur de l'acte, une *erreur grave* commise par lui.

1° Défaut de raison. — Une personne privée de raison, par suite d'une *cause physiologique*, est hors d'état d'avoir une volonté juridiquement efficace. Ces causes sont l'*enfance*, la *folie*, l'*ivresse*. Un fou (en dehors de ses intervalles lucides), un homme ivre, un enfant en bas âge ne comprennent pas ce qu'ils font ; les actes juridiques accomplis par eux n'ont aucune valeur.

2° Erreur destructive de la volonté. — Lorsqu'une personne est en

(1) On a fait de grands efforts pour donner un effet obligatoire à ce qu'on appelle la *volonté unilatérale* (c'est-à-dire isolée ou unique), et certaines dispositions du Code civil allemand ont paru y conduire (René Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891). On veut, par exemple, que celui qui crée un titre *au porteur* (promesse de payer au porteur du billet, quel qu'il soit) s'oblige par sa seule volonté ; mais comme on subordonne la naissance de l'obligation à la négociation du titre, c'est-à-dire à son acceptation par quelqu'un qui en devient porteur, on suppose la formation d'un contrat (Worms, *op. cit.*, p. 161-162), et on retombe nécessairement dans l'hypothèse d'un concours de volontés comme condition d'efficacité pour les actes juridiques.

pleine possession de ses facultés intellectuelles, il se peut encore qu'un acte juridique accompli par elle soit considéré comme n'étant pas l'œuvre d'une volonté légalement efficace : cela arrive lorsqu'elle agit sous l'empire d'une erreur telle que sa volonté soit inexistante.

Il y a *deux sortes d'erreurs* qui empêchent la formation même de l'acte juridique, savoir 1° l'erreur sur la *nature* de l'acte à accomplir, et 2° l'erreur sur l'*identité* de la chose qui fait l'objet de l'acte. Toute autre erreur ne peut être, au plus, qu'un vice de la volonté, comme celles qui sont indiquées au n° 274.

B. — Vices de la volonté.

****274. En quoi consistent les vices de la volonté.** — Lorsque le consentement a été réellement donné, la volonté *existe*, mais il se peut qu'elle soit *viciée*. Pour être pleinement efficace, la volonté doit être *libre* et *éclairée*. Elle cesse d'être libre si le consentement de l'une des parties est obtenu par la *violence*. Elle cesse d'être éclairée, si cette partie s'est déterminée par suite d'une erreur ; quand l'erreur est fortuite, on lui laisse son nom d'*erreur* ; quand elle est le résultat d'une tromperie, on dit qu'il y a *dol*.

Le *dol*, l'*erreur* et la *violence* sont les trois causes qui vicient la volonté.

On les appelle habituellement *vices du consentement* ; cette expression est synonyme de « vices de la volonté », qui serait préférable, puisque ces vices peuvent se rencontrer même dans des actes unilatéraux.

****275. Effet des vices du consentement.** — Quand le consentement est vicié, le contrat ou l'acte juridique se forme néanmoins ; il existe et il produit ses effets, mais la partie qui n'a pas agi dans la plénitude de sa liberté, soit qu'elle ait été violentée, soit qu'elle se soit ou qu'elle ait été trompée, a le droit de faire annuler l'acte qu'elle a fait. Elle possède à cet effet une action en justice, *l'action en nullité*, à la suite de laquelle le tribunal anéantira l'acte, si la preuve du dol, de la violence ou de l'erreur est rapportée dans les conditions voulues.

276. Observation. — Parmi les règles applicables aux vices du consentement, les unes sont *communes à tous les actes juridiques*, les autres sont *spéciales à des actes déterminés*, soit au mariage, soit aux contrats, soit aux testaments, soit à d'autres actes unilatéraux comme l'acceptation ou la répudiation des successions. Pour être complet, il conviendrait donc d'expliquer dès maintenant, dans cette théorie générale de l'acte juridique, toutes les règles communes, réservant pour plus tard celles qui sont spéciales aux différentes matières, et rien n'est plus aisé que d'opérer ce triage. Néanmoins, comme ces règles se trouvent exprimées dans le Code à propos des contrats, j'en renvoie l'exposé au t. II, me bornant ici à quelques indications sommaires, qui sont indispensables pour comprendre même les matières de première année.

1° De la violence.

***277. Définition.** — La violence est la *contrainte exercée sur la volonté*

d'une personne, soit par la force matérielle, soit par des menaces *pour la déterminer à consentir à un acte juridique.*

A proprement parler, le mot « violence » désigne le moyen de contrainte employé, et non l'effet produit sur l'esprit de la victime. Au point de vue psychologique, le langage des Romains était plus exact que le nôtre : ils se servaient du mot « metus », et non pas du mot « vis ». C'est en effet la crainte éprouvée par la victime de la violence qui constitue le vice du consentement, bien plus que les actes extérieurs qui l'ont fait naître.

***278. Effet de la violence.** — La violence ne détruit pas le consentement, elle lui enlève seulement sa *liberté* (1). Celui qui se détermine sous l'empire de la crainte à conclure un contrat qu'il n'accepterait pas dans un autre moment, choisit le moindre des deux maux qui le menacent ; il *consent*, puisqu'il *préfère* signer le contrat que de s'exposer à la mort ou à un autre danger : « Qui mavult, vult », disaient les Romains ; mais son consentement est vicié et le contrat peut être annulé.

2° De l'erreur.

***279. Les trois degrés de l'erreur.** — Pour que l'erreur puisse être un *vice* de la volonté, il faut d'abord supposer qu'elle n'a pas une gravité suffisante pour la détruire entièrement, c'est-à-dire qu'elle ne porte ni sur la *nature* de l'acte, ni sur l'*identité* de la chose (n° 273-2°). D'un autre côté, il se peut que l'erreur soit si légère qu'elle paraisse insuffisante au législateur pour motiver une action en nullité. Il y a donc lieu de distinguer trois degrés d'erreurs, classées d'après la nature de leurs effets sur l'efficacité de la volonté juridique : 1° les *erreurs radicales*, qui empêchent la formation de l'acte ; 2° les *erreurs de gravité moyenne*, qui n'empêchent pas l'acte de se former, mais qui donnent contre lui une action en nullité ; 3° les *erreurs légères*, qui sont indifférentes et malgré lesquelles l'acte reste valable.

280. Renvoi. — Il est impossible de déterminer d'une manière générale la distinction à faire entre les erreurs qui rentrent dans la deuxième et celles qui rentrent dans la troisième classe. Les règles varient, selon qu'il s'agit de *mariage*, de *contrats ordinaires* ou *d'actes unilatéraux*, tels qu'une acceptation ou une répudiation de succession.

Une seule observation trouve place ici : c'est que *la loi ne distingue pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.* Si une personne a accepté dans un acte des conditions déterminées parce qu'elle ignorait l'existence ou le sens vrai d'une loi, son consentement se trouve entaché d'erreur et la nullité de l'acte pourra être demandée (2).

3° Du dol.

****281. Définition.** — On appelle « dol » *toute tromperie commise dans la*

(1) Les glossateurs disaient : « Coacta voluntas est voluntas » (Glossa ad leg. 21, § 5, Dig., *Quod metus causa*). Cette phrase est devenue une sorte d'adage servant à exprimer les effets de la violence.

(2) La maxime « Nemo jus ignorare censetur » n'a de valeur qu'en matière pénale. Comp. G. Dereux, *Revue trimestrielle*, 1907, p. 513. On peut même lui opposer une maxime fort différente : « Error communis facit jus ». Voyez sur cette dernière maxime Loniewski, thèse, Aix, 1905, et Morin, *Annales*, 1906.

conclusion d'un acte juridique. Cela peut suffire pour l'instant ; les faits constitutifs du dol seront étudiés d'une manière plus complète à propos des contrats. Voyez le t. II.

***282. Résultats variables du dol.** — Le résultat du dol varie : tantôt il *détermine l'auteur de l'acte à l'accomplir*, si bien que, sans le dol, l'acte n'aurait pas eu lieu ; tantôt il a simplement pour effet de *décider l'une des parties à accepter des conditions plus onéreuses*, si bien que, sans le dol, l'acte se serait accompli quand même, mais à de meilleures conditions. Cette distinction s'énonce habituellement à l'aide d'expressions traditionnelles : on appelle *dol principal*, *dolus dans causam contractui*, le dol qui détermine l'accomplissement de l'acte ; *dol incident*, *dolus incidens*, celui qui en modifie seulement les conditions.

Le dol principal seul peut faire naître l'action en nullité qui met l'acte à néant ; le dol incident autorise simplement une rectification de ses conditions qui rétablira l'acte tel qu'il se serait fait s'il n'y avait pas eu dol : cela suffit pour réparer le tort causé, l'annulation de l'acte ne serait pas justifiée.

***283. Pourquoi le dol constitue un vice distinct de l'erreur.** — Le *dol* n'est réprimé par le droit qu'à raison de l'*erreur* qu'il engendre dans l'esprit de sa victime ; quand il échoue et que la ruse est découverte, il manque son effet et le droit civil n'a pas à s'en préoccuper. Cependant le dol ne fait pas double emploi avec l'erreur comme vice du consentement. D'abord il est possible que le dol amène la nullité de l'acte alors que l'erreur qu'il a causée serait sans influence sur le sort de cet acte si elle était due à une cause fortuite ; il en est ainsi, dans les contrats, de l'*erreur sur le motif*, qui sera étudiée dans le tome II. En second lieu, quand l'erreur se traduit simplement par l'acceptation de conditions plus onéreuses, c'est-à-dire par une lésion, elle reste au compte de celui qui l'a commise si elle est de sa faute ; tandis qu'il a le droit de se faire indemniser par l'auteur du dol s'il a été induit en erreur par autrui.

4° De la lésion.

284. Définition. — Il y a un autre fait qui produit parfois le même résultat que les vices du consentement : c'est la *lésion*. On appelle ainsi le *dommage pécuniaire qu'un acte juridique cause à la personne qui l'a fait.*

L'action qui résulte de la lésion et qui sert à faire tomber l'acte dommageable est très voisine de l'action en nullité, mais on lui donne plus spécialement le nom d'*action en rescision*. Cette action n'est ouverte que dans des cas exceptionnels (art. 1118). Tantôt la loi la donne à *certaines personnes*, qui sont les *mineurs*, quelle que soit la nature de l'acte ; tantôt elle l'ouvre à propos de *certains contrats*, qui sont le *partage* (art. 887) et la *vente d'un*

immeuble (art. 1674), quel que soit l'auteur de l'acte. Ces deux contrats sont les seuls contre lesquels un majeur puisse avoir l'action en rescision pour lésion.

Lorsque la lésion produit l'action en rescision, elle *ne constitue pas un quatrième vice du consentement distinct des trois premiers.* En effet, de deux choses l'une : ou bien l'auteur de l'acte a connu la lésion qu'il allait subir, ou bien il l'a ignorée. Au premier cas on considère son consentement comme n'étant pas libre ; il a consenti sous l'empire d'une nécessité pressante, telle qu'un danger de mort ou un besoin d'argent. Au second cas, la lésion se confond avec l'erreur.

CHAPITRE II

DE LA FORME DES ACTES JURIDIQUES

****285. Distinction des actes consensuels et des actes solennels.** — En général les actes juridiques *n'ont pas besoin pour s'accomplir de formalités déterminées par la loi.* Les personnes qui les font expriment leur volonté comme elles le veulent, verbalement ou par écrit, et elles emploient les formules qu'elles veulent. Par exception, certains actes ou contrats doivent être faits dans des formes déterminées. Exemples : la loi exige un *acte notarié* pour les constitutions d'hypothèques, pour les contrats de mariage, pour les donations entre vifs ; un acte *écrit sur les registres de l'état civil* pour les mariages ; un *acte reçu par le juge de paix* pour l'émancipation ou l'adoption d'un enfant.

Les actes qui n'ont pas de formes déterminées s'appellent *consensuels*, parce qu'ils n'ont d'autre élément nécessaire pour leur formation que la volonté ou consentement ; les autres sont dits *actes solennels.*

Il y a une grande différence entre ces deux sortes d'actes, bien que souvent ils se ressemblent dans la forme. Par exemple, une vente, qui est un acte consensuel et qui serait valablement faite sous seings privés, peut être faite par-devant notaire, tout aussi bien qu'une donation qui est un acte solennel pour lequel cette formalité est indispensable. L'une et l'autre, bien qu'elles soient alors semblables en la forme, conservent cependant leur caractère propre. La différence consiste en ceci : l'acte écrit, dressé pour constater la vente, n'est qu'une précaution prise pour se ménager un *moyen de preuve* sûr et facile, et pour éviter des rétractations et des dénégations ; mais théoriquement la vente existe et produit ses effets *indépendamment de l'écrit et en l'absence de toute forme.* Au contraire, l'acte de donation, pour lequel les formalités légales n'auraient pas été accomplies, ne produirait pas plus d'effets que s'il n'avait pas été fait, alors même

que la volonté des parties serait certaine, ainsi que son exécution, et que toutes les autres conditions nécessaires à son existence seraient réunies. La *forme extérieure* seule lui a fait défaut, mais elle était *nécessaire* et l'acte n'existe pas sans elle. C'est ce qu'exprime l'adage : « Forma dat esse rei. »

286. Oscillations historiques du formalisme. — Dans le droit français moderne, la grande majorité des actes juridiques est consensuelle ; il n'y en a qu'un très petit nombre qui soient solennels. Il n'en a pas toujours été de même. Dans les législations primitives, le droit est avant tout une procédure ; chaque acte juridique doit être accompli dans une forme qui lui est propre. Pour tous il y a des rites, des formalités, des paroles consacrées (comme le *sacramentum*, la *mancipatio*, la *stipulatio* de l'ancien droit romain), en l'absence desquelles rien n'acquiert l'existence juridique. Le droit a commencé partout par être *formaliste*. Deux causes ont contribué à lui faire perdre ce caractère : les besoins du commerce et le progrès de la culture intellectuelle. Les opérations commerciales ont besoin de s'accomplir simplement et rapidement ; aussi est-ce l'acte commercial par excellence, la vente, qui a fait la première brèche dans le système des contrats solennels du vieux droit romain. C'est par elle que les Romains sont arrivés à concevoir un contrat dénué de formes extérieures.

Mais cette première cause n'aurait pas suffi si les progrès de l'instruction et la vulgarisation de l'écriture n'eussent permis d'employer un mode de preuve simplifié, les *chirographa* et les *cautiones*. Les anciennes formes symboliques n'avaient pas seulement pour utilité propre de dégager l'essence de l'acte juridique verbal, de forcer les parties à bien préciser leur volonté ; elles servaient aussi à sa preuve ; elles en gravaient le souvenir dans la mémoire des témoins. L'écriture les a rendues inutiles : l'accord des volontés, prouvé par un écrit, suffit. Depuis ces temps lointains l'acte consensuel a accompli une marche envahissante ; il s'est propagé partout, aux dépens des solennités primitives.

Il a bien eu un mouvement de recul : l'invasion germanique a introduit dans nos régions un droit plus fruste que le droit romain de la fin de l'Empire, et partant plus symboliste : les formes extérieures ont reparu pour quelques siècles dans nos usages ; elles en ont été chassées définitivement par la renaissance du droit romain à la fin du moyen âge.

L'acte consensuel a vraisemblablement atteint de nos jours son apogée. Les relations compliquées qui naissent d'une civilisation avancée multiplient les chances de fraudes et d'erreurs auxquelles sont exposées les parties dans les contrats dénués de formes. De là des précautions de plus en plus nombreuses, la création d'officiers spéciaux destinés à dresser, à constater ou à conserver les actes, notaires, greffiers, officiers de l'état civil, conservateurs des hypothèques, employés de l'enregistrement, etc. L'excès de culture produit ainsi des effets analogues à ceux de la simplicité et de l'ignorance des peuples antiques, et la *solennité des actes juridiques* reparaît de toutes parts avec des formes nouvelles, sous les noms d'*authenticité*, d'*enregistrement*, de *transcription*, etc. Ce n'est pas du symbolisme, c'est de la défiance.

287. Caractère territorial des lois relatives à la forme des actes juridiques. — La maxime « Locus regit actum » s'applique même aux *solennités* qu'exigent certains actes juridiques, aussi bien qu'à la confection des simples écrits *probatoires*, parce que les raisons sont les mêmes pour se conformer à la loi locale : l'acte juridique serait souvent impossible s'il fallait observer les prescriptions étrangères, à cause de la nationalité de ses auteurs. Par suite, un Français peut se marier hors de France dans d'autres formes que celles de la loi française ; il peut faire une donation sans acte notarié, etc., à la seule condition d'observer les formes en usage dans les pays où il se trouve. — On a quelquefois douté de cette extension de la règle « Locus regit actum » parce que la solennité de l'acte a paru être un de ses éléments intrinsèques, une mesure de protection pour les personnes (Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, p. 340 ; Bertauld, *Questions doctrinales*, t. I, nº 154, p. 121 ; Laurent, *Droit civil international*, t. I, p. 155 ; t. VI, p. 651-662).

Mais l'identité des motifs et la présence dans le Code de l'art. 170, qui l'admet pour le mariage, l'ont mise hors de doute.

CHAPITRE III

DE LA LIBERTÉ DES ACTES JURIDIQUES

288. Le principe de liberté. — Tout acte juridique est l'œuvre d'une ou de plusieurs volontés. Dans quelle mesure les formes, les conditions, les effets des actes juridiques dépendent-ils des volontés individuelles? La volonté des particuliers n'est ni absolument libre, ni absolument assujettie par la loi; elle jouit d'une *autonomie partielle*, dont il s'agit d'indiquer l'étendue.

Voici d'abord une grande règle de droit, qui n'est écrite nulle part en termes formels, mais dont l'existence est certaine : *tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis* (1). La liberté est la règle; la volonté privée est autonome, sauf les limites fixées par la loi. Il suffira donc d'indiquer ces limitations légales.

289. Prohibitions particulières. — Les prohibitions établies par la loi sont assez nombreuses (2) et fort différentes les unes des autres; elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une théorie générale et ne suivent de règle commune que pour leur sanction, qui est ordinairement la nullité de l'acte accompli malgré la prohibition de la loi. Sur les nullités, voyez ci-dessous, nos 326 et suiv.

290. Prohibition générale de l'art. 6. — L'art. 6 est ainsi conçu : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Ce texte attache une sanction nécessaire à un grand nombre de dispositions légales, qui ne déterminent pas elles-mêmes d'une manière spéciale leur degré d'autorité; très souvent la loi énonce une règle sans dire s'il est permis d'y déroger : c'est à l'aide de l'art. 6 qu'on peut répondre à cette question.

A. — Conventions contraires aux lois d'ordre public.

****291. Des deux sortes de lois d'ordre public.** — Qu'est-ce qu'une *disposition d'ordre public?* Cela comprend d'abord et nécessairement toutes les lois *de droit public*, c'est-à-dire celles qui règlent l'organisation et les attributions des différents pouvoirs et de leurs agents, ainsi que les obli-

(1) Portalis avait écrit dans le livre préliminaire du Code civil : « La loi... répute licite tout ce qu'elle ne défend pas » (Tit. IV, art. 8). — Sur l'autonomie de la volonté, voyez Hauriou, *Introduction à l'étude du droit administratif français*, §§ 2 et 3; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 140; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 44.

(2) Exemples : art. 215, 217, 335, 340, 344, 463, 464, 472, 499, 513, 686, 815, 903, 1001, 1097, 1130, 1443, al. 2, 1453, 1596, 1597, 1674, 1780, 1981, 2045, 2129, al. 2, etc.

gations et les droits des particuliers en matière politique, élections, impôts, service militaire, etc. Toutes ces lois, qui constituent le régime politique du pays, sont au-dessus des volontés privées. Les Romains disaient déjà : « Privatorum conventio juri publico non derogat » (ULPIEN, *Dig.*, liv. L., tit. 17, fr. 45).

En outre, une loi peut appartenir au *droit privé* et être cependant d'ordre public. Il en est ainsi toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un *intérêt général*, qui se trouverait compromis si es particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi. Sur ces questions voyez VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1899.

***292. Lois de droit privé intéressant l'ordre public.** — Les lois de droit privé qui présentent ce caractère peuvent se ramener à trois catégories principales : 1° celles qui règlent l'état et la capacité des personnes ; 2° celles qui organisent la propriété, et spécialement la propriété foncière ; 3° celles qui imposent aux parties des défenses ou des mesures dans l'intérêt des tiers.

1° ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES. — Tout ce qui touche à l'état des personnes, aux droits et aux charges qui en résultent pour elles, à leur capacité ou incapacité, est d'ordre public, et ne peut être modifié par des conventions privées. On dit communément, pour exprimer cette impossibilité, que *l'état des personnes n'est pas dans le commerce.* On verra plus loin mainte application de cette idée.

2° ORGANISATION DE LA PROPRIÉTÉ. — Les lois qui déterminent le droit de propriété, ses effets, ses limites, surtout quand il s'agit de la propriété foncière, tiennent de trop près à l'organisation sociale du pays pour qu'on puisse en abandonner l'effet à la liberté des conventions. La formation féodale dont l'Europe moderne, et en particulier la France, ont eu tant de peine à se débarrasser, est un grand exemple historique de ce que peut faire le jeu naturel des conventions privées, quand on laisse leur effet s'accumuler pendant des siècles. C'est pour cela qu'il faut considérer comme limitative la liste des droits réels prévus et organisés par la loi et ne pas permettre la création fantaisiste de droits nouveaux. C'est pour cela encore que notre droit moderne est si hostile à toutes les clauses qui tendent à rendre les biens inaliénables et insaisissables.

3° PROTECTION DES TIERS. — Un certain nombre de dispositions de la loi s'expliquent par l'*intérêt des tiers*, qui pourrait se trouver compromis par un acte intervenu entre des personnes déterminées. Ce sont surtout des mesures de publicité qui sont prescrites à cet effet (transcriptions, inscriptions, notifications, affiches, insertions dans les journaux). Mais la même considération motive aussi des mesures d'un autre genre, telles que celles de l'art. 1395 C. civ. En faisant un contrat, les particuliers ne peuvent pas modifier ces règles qui sont établies pour protéger d'autres personnes, celles qui traiteront plus tard avec eux. — On peut conclure de là qu'à la condition d'être capable, une personne peut toujours renoncer à une règle de droit qui a été *établie dans son intérêt exclusif*, à moins qu'une disposition spéciale de la loi ne l'en empêche.

B. — Conventions contraires aux bonnes mœurs.

293. Rectification du texte. — L'art. 9 dit qu'on ne peut « déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ». Si on suppose qu'il existe une disposition de loi consacrant une règle morale, cette partie de l'art. 6 fait

double emploi avec la première, car une pareille disposition est manifestement d'ordre public.

Il faut donc lire l'art. 6 comme s'il y avait : « Un acte juridique est nul s'il est contraire soit aux lois qui intéressent l'ordre public, *soit aux bonnes mœurs.* » Par conséquent, la nullité atteindra l'acte immoral, alors même qu'il ne serait contraire à aucune disposition de la loi positive. C'est de cette façon que les tribunaux interprètent l'art. 6. Ils y sont d'ailleurs invités par l'art. 1133 C. civ., qui considère comme illicite, non seulement ce qui est contraire aux lois, mais aussi ce qui est contraire aux bonnes mœurs. Comp. art. 1387. L'*immoralité* est donc assimilée à l'*illégalité*, quand il s'agit d'apprécier la validité des actes juridiques.

294. Pouvoir arbitraire des tribunaux. — Le caractère d'immoralité capable d'entraîner la nullité de l'acte est nécessairement une *question de fait* appréciée par les juges. Le pouvoir que les tribunaux tiennent ainsi de l'art. 6, d'annuler les contrats et autres actes des particuliers comme immoraux, est un des plus redoutables qu'ils aient reçus de la loi. Supposez-le exercé par des hommes passionnés, par des moralistes trop rigides ou par des esprits sectaires, la liberté civile pourrait y sombrer. Le seul contrepoids possible est ici l'opinion publique, le courant général des idées, qui règle le niveau moral d'un peuple et qui crée une sorte de tolérance nécessaire. On dit qu'un peuple a toujours le gouvernement qu'il mérite ; on peut dire de même qu'il a toujours une jurisprudence appropriée à son degré de moralité. Voyez-en des exemples remarquables dans la façon variable dont la jurisprudence a apprécié le *courtage matrimonial* (ci-dessous, nº 790), et le *contrat de claque* (t. II, nº 1009).

295. Résumé. — En résumé, les dispositions de loi qui ne contiennent aucune prohibition expresse sont de deux sortes : les unes sont *obligatoires*, en ce sens que leur observation s'impose aux particuliers et qu'il n'est pas permis d'y déroger ; ce sont celles que vise l'art. 6. Les autres sont *facultatives;* leurs décisions n'ont qu'une valeur *interprétative de volonté* ou *supplétive;* elles donnent la solution des points que les actes des particuliers n'ont pas réglés, mais elles peuvent être écartées ou modifiées par une volonté contraire.

CHAPITRE IV

EFFET RELATIF DES ACTES JURIDIQUES

****296. Inefficacité des actes juridiques à l'égard des tiers.** — En principe, les actes ne produisent leurs effets que pour les personnes qui les font ; celles qui y restent étrangères, et qu'on appelle les *tiers*, ne peuvent ni en profiter ni en souffrir. C'est ce qu'exprime l'adage latin : « Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest. » On applique cette règle notamment aux *contrats* et aux *jugements*. Les uns et les autres ne produisent que des *effets relatifs*.

***297. Quelles personnes sont des tiers.** — Pour déterminer exactement cette relativité des effets des actes juridiques, il faut d'abord distinguer

les *auteurs* de l'acte ou *parties* et les *tiers*. Si l'acte émane d'une seule personne, celle-ci s'appelle l'*auteur de l'acte*; si l'acte a plusieurs auteurs, comme il suppose la participation et le concours de plusieurs personnes, chacune d'elles prend le nom de *partie à l'acte*.

Ce n'est point la signature qui donne la qualité de partie. L'acte peut être signé par des personnes qui n'y sont point parties, par exemple par l'officier public qui l'a reçu, par les témoins qui y ont assisté. *Signataire* et *partie* ne sont donc point synonymes. A l'inverse une partie peut n'avoir point signé l'acte et n'y avoir pas figuré : c'est ce qui arrive au cas de représentation d'une personne par une autre (nº 300).

On doit assimiler aux parties : 1º les personnes qui ont été *représentées à l'acte*, et 2º celles qui sont les *ayants cause des parties*. Pour savoir qui est un tiers il faut donc tenir compte de deux notions importantes : celle de la représentation et celle des ayants cause.

§ 1. — *De la représentation dans les actes juridiques.*

298. Son utilité. — Souvent un acte juridique est fait par une personne autre que celle qu'il intéresse. Ce remplacement d'une personne par une autre peut être nécessaire dans deux cas : 1º quand il y a impossibilité pour l'intéressé de se rendre *au lieu où l'acte doit être fait*, parce qu'il est en voyage, ou malade, ou en prison, etc. ; 2º quand l'intéressé est *hors d'état de comprendre* ce qu'il s'agit de faire : c'est un tout jeune enfant, un fou, un vieillard dont les facultés sont affaiblies.

Parfois, sans être nécessaire, ce remplacement d'une personne par une autre peut être commode et avantageux, et on y a recours souvent pour une simple raison d'*utilité*.

***299. Cas où ce procédé est permis.** — Cet emploi d'une autre personne que l'intéressé est un procédé permis en général. Il n'y a en droit français que *deux actes* qui doivent nécessairement être accomplis *par la personne elle-même* : c'est le *mariage* et le *testament*. Il y en avait davantage en droit romain. Mais, de tout temps, ces actes essentiellement personnels ont été l'exception ; il est permis de faire faire par autrui la plupart des actes juridiques, et les Romains eux-mêmes faisaient grand usage de ce procédé soit pour la gestion des tutelles, soit pour l'exécution par mandataire d'un acte isolé.

****300. Formation successive de l'idée de représentation.** — Relativement aux actes faits par l'intermédiaire d'autrui, il y a entre l'époque romaine et la nôtre une différence considérable due à l'introduction d'une idée nouvelle, *la représentation dans les actes juridiques*. Cette notion a transformé bien des théories ; le droit romain primitif ne la possédait pas, et cependant ce sont des jurisconsultes romains qui l'ont élaborée peu à peu et qui l'ont léguée au monde moderne.

Primitivement, quand un acte était accompli par une personne à la place d'une autre, les effets juridiques de cet acte, actifs ou passifs, se réalisaient *en la personne de son auteur*; quant à la personne intéressée, elle n'en retirait directement ni profit ni charge, parce qu'elle était restée étrangère à sa conclusion. Ainsi c'était le tuteur, le gérant d'affaires, le mandataire qui devenait propriétaire, créancier ou débiteur par l'effet de l'acte accompli. Ce n'était que plus tard, par une seconde opération, que l'effet juridique de l'acte atteignait le véritable intéressé; par exemple, le mandataire transférait à son mandant la propriété qu'il avait acquise, lui cédait son action contre le débiteur, ou se faisait garantir par lui contre le créancier, etc. Il y avait une *complication*, puisque, pour réaliser l'intention des parties, il fallait *deux opérations successives*; il y avait aussi un *danger*, parce que le mandant ou le mandataire pouvait être déjà ou devenir plus tard insolvable, de sorte que l'autre, ne pouvant se faire rembourser par lui, subissait inutilement une perte. Les Romains sentirent de très bonne heure ce qu'il y avait d'imparfait dans leur procédé et ils l'améliorèrent par une série de réformes qu'il serait trop long d'expliquer ici; ils sous-entendirent la seconde opération qui servait à transférer les effets de l'acte en la personne du véritable intéressé, et ils admirent que l'acte primitif, accompli par l'intermédiaire d'autrui, suffirait à lui seul pour ouvrir directement une action, soit à l'intéressé contre les tiers, soit aux tiers contre lui.

Dans la pure théorie romaine, les véritables actions nées de l'acte ainsi accompli continuent à prendre naissance en la personne de l'intermédiaire qui l'a fait, à son profit ou à sa charge; celles qui sont données à l'intéressé ne sont que des *actions utiles*, qui ne découlent pas des principes du droit; mais ces dernières seules sont efficaces, et les actions anciennes, données à l'intermédiaire ou dirigées contre lui, sont toutes paralysées par des *exceptions* (1), et n'ont par suite qu'une existence nominale. Le dernier progrès consista à supprimer ces anciennes actions qui reposaient sur la tête de l'intermédiaire et qui étaient devenues inutiles; de sorte que tout l'effet de l'acte accompli par une personne pour le compte d'une autre passe, pour ainsi dire, par-dessus la tête de l'intermédiaire pour se réaliser exclusivement en la personne du véritable intéressé.

Pour exprimer ce résultat, on dit, en style moderne, que le tiers employé pour accomplir l'acte (mandataire, gérant, tuteur, administrateur, etc.) *représente* une autre personne (son mandant, son pupille, etc.). Les jurisconsultes de l'antiquité n'avaient pas de mot spécial pour exprimer cette idée; ils employaient des périphrases, comme cette rubrique du *Digeste* :

(1) Dans la procédure romaine, l'*exceptio* était un moyen de défense qui paralysait une demande en justice, *intentio*, même quand cette demande était fondée et conforme aux principes du droit. L'*exceptio* la faisait écarter pour une autre raison, qui était ordinairement une raison de bonne foi.

« Quando ex facto tutoris... minores agere vel conveniri possunt » (Liv. XXVI, tit. 9). Mais actuellement le terme « représenter » est technique pour désigner l'*intervention d'une personne agissant pour autrui sans être elle-même touchée par les résultats juridiques de l'acte qu'elle fait.*

C'est de cette façon qu'une transformation lente, qui a mis des siècles à s'accomplir, et qui s'est faite sans unité de moyens et par des mesures disparates, nous a conduits à la conception de la *représentation juridique* d'une personne par une autre, qui a été une simplification pratique, mais qui est loin, comme on le voit, d'être une idée simple et une des notions primitives du droit.

Bibliographie. — Sur la représentation dans les actes juridiques et les difficultés d'analyse qu'elle soulève, voir les thèses de MM. Pilon, Caen, 1897 ; Boyer, Toulouse, 1898 ; Oudinot, Paris, 1909 ; Corbesco, Paris, 1912.

§ 2. — *Des ayants cause des parties.*

****301. Définition.** — Le mot « ayant cause » s'oppose au mot « auteur », et l'antithèse qu'on établit entre eux suppose l'idée d'une *transmission* s'opérant d'une personne à une autre : *celui qui cède* ou transmet quelque chose est l'*auteur* ; *celui qui acquiert* ou tient de lui est l'*ayant cause.*

L'ayant cause est donc celui qui, sans avoir concouru à un acte déterminé, soit par lui-même, soit par un représentant, a succédé à l'une des parties ou à l'auteur de l'acte. L'ayant cause d'une partie ressemble à cette partie en ce qu'il subit comme elle les effets de l'acte.

302. Étymologie. — Le mot *ayant cause* est relativement moderne ; son usage ne remonte guère au delà du XVIe siècle, mais il a été emprunté à certaines habitudes de langage des jurisconsultes romains. Pomponius dit par exemple : « Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus » (*Dig.*, liv. XVIII, tit. I, fr. 67). Sur quoi Dumoulin dit : « Sic enim cum sua causa res transferri dicitur, id est cum suo onere vel jure, quaque conditione est. » On comprend que l'on ait tiré de là l'expression « ayant cause » ; c'est celui qui *causam habet ab alio.*

Si le mot « ayant cause » est de création moderne, le mot *auteur*, pris dans ce sens, est fort ancien ; il était déjà d'un usage courant en latin pour désigner le possesseur antérieur : « Auctor meus a quo jus in me transiit » (*Dig.*, liv. L, tit. 17, fr. 175).

****303. Distinction de deux espèces d'ayants cause.** — Les ayants cause se subdivisent en deux classes d'après l'étendue de leur titre (ci-dessous, n° 2558) : les uns sont des *ayants cause à titre universel*, les autres des *ayants cause à titre particulier.*

Les premiers sont ceux qui ont acquis l'universalité du patrimoine de leur auteur ou une fraction de cette universalité. Ce sont en général les *successeurs d'une personne décédée*, parce qu'il ne s'accomplit point de transmissions universelles entre vifs. Seront donc ayants cause à titre universel : 1° les *héritiers légitimes* et autres successeurs appelés par la loi à recueillir la succession ; 2° les *légataires universels ou à titre universel* ; 3° les *dona-*

taires de biens à venir, c'est-à-dire des biens que le donateur laissera en mourant (art. 1082 et 1083).

Les *ayants cause particuliers* sont ceux qui ont acquis de leur auteur un ou plusieurs objets individuellement déterminés. La transmission qui fait d'eux des ayants cause s'opère en général entre vifs. C'est, par exemple, une vente, une donation, un échange, la constitution d'une hypothèque. Ce peut être aussi une transmission par décès ; par exemple, un legs particulier, le legs d'une chose ou d'une somme d'argent.

304. Condition des ayants cause. — Quand une personne est l'ayant cause d'une autre, elle subit l'effet des actes accomplis par son auteur. S'il y a eu *transmission universelle* opérée par décès, tous les actes passés par le défunt sont opposables à ses héritiers et produisent leur effet contre eux. C'est pour cette raison que les héritiers et autres successeurs universels du défunt, qui ont recueilli l'ensemble de son patrimoine, sont tenus de la même manière que lui envers ses créanciers et obligés d'exécuter toutes les obligations qui le grevaient lui-même.

Cette transmission des *dettes* d'une personne à une autre suppose une transmission du patrimoine entier ; elle ne se produit pas dans les successions *à titre particulier*. Un acheteur, un donataire, un légataire particulier, *ne sont pas tenus des dettes de leur auteur* ; les créanciers de celui-ci n'ont action que contre lui-même ou contre ses successeurs universels. C'est là une différence fondamentale entre les deux catégories d'ayants cause universels et particuliers, et l'intérêt principal qu'il y a à les distinguer.

Pour les acquéreurs d'objets particuliers, leur qualité d'ayants cause se révèle seulement en ce qu'ils subissent l'effet des actes accomplis par leur auteur *relativement à la chose ou au droit qu'il leur a transmis*, et encore ceci n'est vrai que pour les actes *antérieurs à la transmission*. Tant qu'il possédait le droit par lui transmis à autrui, l'auteur de ces actes a pu en modifier la situation, par exemple il a pu grever son immeuble d'hypothèques ou de servitudes, diminuer le montant de sa créance, etc. Mais les choses changent du jour où la transmission s'est opérée : l'aliénateur ne peut plus rien contre l'acquéreur, et tous les actes qu'il fera ensuite ne seront pas opposables à celui-ci. L'ayant cause possède désormais en vertu d'un titre qui lui est propre ; il est devenu un *tiers* pour les actes ultérieurs. Tout ayant cause particulier a donc une double qualité selon le temps que l'on envisage : *ayant cause* pour la période antérieure à son acquisition, *tiers* pour celle qui suit. Rien de pareil ne se produit pour les ayants cause universels, dont le droit s'ouvre *à la mort de leur auteur* ; ils subissent naturellement l'effet de tous les actes accomplis par lui, sans distinction de temps.

305. Situation des créanciers chirographaires. — Les créanciers d'une personne

ne sont pas à proprement parler ses *ayants cause*, puisqu'ils n'ont pas *acquis ses biens;* il ne s'est pas opéré à leur profit une transmission de son patrimoine. Néanmoins ils sont dans une situation comparable à celle des ayants cause, parce qu'ils ont pour *gage* le patrimoine de leur débiteur, qui leur sert de garantie et à l'aide duquel ils se paieront, si le débiteur ne les paie pas volontairement. Ce patrimoine, soumis au droit de gage universel des créanciers en vertu de l'art. 2092, se modifie incessamment par l'effet des actes accomplis par le débiteur ; il s'augmente par l'acquisition de biens nouveaux, il diminue à chaque aliénation : toutes ces fluctuations du patrimoine du débiteur modifient en même temps le gage des créanciers, puisque les deux choses n'en font qu'une. C'est ce qui fait dire que les créanciers sont les *ayants cause universels* de leur débiteur, parce qu'ils tiennent de lui ce droit de gage, et qu'ils subissent l'effet de tous les actes qu'il accomplit. — Cette observation ne concerne que les créanciers *ordinaires*, c'est-à-dire ceux qui n'ont aucune garantie particulière, telle qu'un gage ou une hypothèque, et que pour cette raison on appelle *chirographaires*, c'est-à-dire porteurs d'un simple *chirographum* ou écrit constatant leur créance (voyez t. II, nº 2318). Quant aux créanciers hypothécaires ou gagistes, qui sont munis d'une *sûreté réelle* (gage ou hypothèque) à laquelle leur débiteur ne peut pas toucher, ils sont considérés comme des *tiers* par rapport aux actes faits après la naissance de leur droit ; ils n'en souffrent jamais.

Du reste les créanciers chirographaires eux-mêmes sont à certains égards considérés comme des tiers, et protégés à ce titre contre les actes de leur débiteur. En effet, la loi commande à celui-ci d'agir toujours de bonne foi ; si ses actes sont *frauduleux*, c'est-à-dire destinés à diminuer le gage de ses créanciers, ces derniers ont le droit de faire *annuler* ces actes au moyen de l'*action Paulienne* ; or, quand ils exercent cette action, les créanciers lésés ne se gèrent plus comme simples ayants cause de leur débiteur ; ils exercent un droit qui leur appartient en propre, et qu'ils ne tiennent pas de lui.

Malgré les différences qui les séparent des ayants cause véritables, les créanciers se présentent tantôt comme des *ayants cause* universels subissant l'effet des actes de leur débiteur, et tantôt comme des *tiers*, échappant aux conséquences de ces mêmes actes.

CHAPITRE V

MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES

****306. Actes purs et simples.** — En principe, les actes juridiques sont *purs et simples*, c'est-à-dire que la volonté de leur auteur est ferme, exempte de toute restriction. Par suite, quel que soit l'acte juridique accompli, ses effets se réalisent *immédiatement* et *pour toujours*.

****307. Actes accompagnés de modalités.** — Parfois, cependant, l'acte juridique est accompagné de clauses restrictives, appelées *modalités*, parce qu'elles en modifient l'efficacité. Toute modalité consiste dans la *désignation d'un événement futur* spécifié par les parties et de la réalisation duquel dépendent les effets de l'acte.

On se sert des modalités de deux façons différentes. Tantôt les parties reculent les effets de l'acte jusqu'à la réalisation de l'événement indiqué, auquel cas la modalité est *suspensive* ; tantôt elles laissent ces effets se produire immédiatement, mais conviennent qu'ils prendront fin à la réalisa-

tion de l'événement, auquel cas la modalité est *extinctive* ou *résolutoire*. Les modalités des actes juridiques peuvent donc avoir des buts opposés ; les unes en *retardent*, les autres en *éteignent* les effets.

308. Deux espèces de modalités. — Les modalités qui produisent les résultats sus-indiqués sont de deux sortes : le *terme* et la *condition*. Terme et condition peuvent, l'un et l'autre, être indifféremment suspensifs ou extinctifs, mais ils ne produisent pas leur effet de la même façon.

§ 1. — *Caractères du terme et de la condition.*

****309. Caractère commun au terme et à la condition.** — Ce caractère commun consiste en ce que l'événement choisi comme modalité par les parties doit toujours être un événement *futur*. Si, par suite d'une erreur de leur part, les parties s'étaient référées à un événement *passé*, pris comme terme ou comme condition, en réalité leur acte juridique ne serait affecté d'aucune modalité. En effet, si cet événement s'est accompli conformément à leur intention, l'acte juridique est pur et simple, puisque rien n'en suspend ou n'en menace les effets ; si l'événement a été contraire à ce qu'elles voulaient, l'acte juridique n'a produit aucun effet et n'en produira jamais, puisque dès le jour de sa confection il y avait un fait qui l'en empêchait, d'après la volonté exprimée par ses auteurs. C'est donc par erreur que l'art. 1181 suppose qu'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties, peut jouer le rôle de condition.

****310. Caractère distinctif du terme et de la condition.** — Le terme et la condition diffèrent l'un de l'autre au point de vue de la *certitude de la réalisation*.

L'événement futur appelé « terme » est *certain*, en ce sens que son arrivée est inévitable, tandis que la condition est un événement *incertain*, qui peut ne pas se réaliser. Par exemple, si la modalité employée consiste dans la désignation d'un jour à venir, tel que le 6 novembre prochain, il y a *terme*, car ce jour arrivera certainement. Si elle consiste dans la réalisation encore douteuse d'un événement attendu (l'arrivée de tel navire à bon port, la nomination de telle personne au poste qu'elle sollicite), il y a *condition*, car le navire attendu peut faire naufrage, et la fonction demandée peut être donnée à un autre (1).

(1) On abuse souvent du mot *condition* pour l'appliquer à bien des choses qui n'en sont pas. Cujas, suivant en cela le droit romain, distinguait les véritables conditions, arbitrairement choisies par les parties, et les *conditions tacites* « quæ tacite insunt, quæ extrinsecus veniunt » (Papinien, au *Digeste*, liv. XXXV, tit. 1, fr. 99 ; liv. XXXVI, tit. 2, fr. 25, § 1) ; et il disait : « Tacita conditio non est conditio ; non omne quod suspendit rem est conditio ; hæc stipulatio est pura, et tamen in pendenti est » (Cujas, sur la loi 18, *De stipulatione servorum*, § ult. (Lib. XXVII, *Quæst. Papin.*, édit. de 1658, t. IV, 1re partie, col. 712). L'idée a été précisée et développée par MM. Aubry et Rau ; ces prétendues conditions sont des éléments essentiels

311. Terminologie. — L'arrivée du terme s'appelle *échéance*. On dit que le terme est « échu » ou qu'il ne l'est pas. Avant l'échéance on dit du terme qu'il *court*.

L'arrivée de la condition s'appelle *réalisation*, et le défaut de réalisation prend le nom de *défaillance*. On dit que la condition est « réalisée » ou est « défaillie ». Jusqu'à sa réalisation ou à sa défaillance, on dit que la condition est *pendante*. Le terme, étant certain, n'est pas susceptible de défaillir.

***312. Variations dans la fixité du terme.** — Le *degré de fixité* d'un terme peut varier sans que la modalité cesse pour cela d'être un terme. Habituellement le terme est un événement qui arrive à *jour fixe*, c'est-à-dire à un jour désigné par sa date dans le calendrier. Par exemple, il s'agit d'une lettre de change qui arrive à échéance le 30 juin. Mais l'événement choisi comme terme peut être de telle nature que sa réalisation soit sûre, inévitable, sans qu'on puisse prévoir quel jour il se réalisera. Le type des termes de ce genre est le *décès d'une personne* dénommée : on est sûr que cette personne mourra un jour ; on ne sait pas quand. L'emploi de pareils termes est assez fréquent ; on peut citer comme exemples l'usufruit, les rentes viagères, les assurances en cas de décès, qui sont des droits ou des obligations dépendant du décès d'une personne.

On a pris l'habitude de désigner ce terme à échéance indéterminée du nom de *terme incertain*. Cette expression vient du droit romain ; les jurisconsultes anciens disaient *dies incertus*. Mais, en passant dans notre langue, elle a l'inconvénient de jeter l'obscurité dans le langage : puisqu'on distingue le terme de la condition grâce à un caractère de *certitude*, il est contradictoire de parler de *terme incertain*. Il faut entendre cette expression comme une formule abrégée signifiant « terme *à échéance incertaine* ».

313. Comment doivent se réaliser les conditions. — Les anciens auteurs ont beaucoup discuté pour savoir de quelle manière la condition devait être remplie pour être considérée comme réalisée ; fallait-il qu'elle s'accomplît « in forma specifica »? Devait-on se contenter d'une réalisation « per æquipollens »? Toutes ces controverses ont pris fin devant la règle aussi simple que juste de l'art. 1175 : la condition doit être remplie « de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût ». C'est une question de fait à résoudre d'après l'intention des parties.

314. Effet des fraudes dans la réalisation ou la défaillance des conditions. — Lorsque la condition choisie est un événement fortuit, sa réalisation peut être *empêchée de mauvaise foi* par la partie au détriment de laquelle elle se produirait, ou, à l'inverse, cette réalisation peut être *amenée de mauvaise foi* par la partie à laquelle elle profiterait. On n'a

pour la formation des contrats, et lorsqu'ils sont encore à l'état de faits futurs, ils suspendent nécessairement la réalisation de l'acte, aucun acte juridique ne pouvant se former tant que ces éléments ne sont pas réunis (Aubry et Rau, t. IV, § 302. — Comp. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 40 ; Huc, t. VII, n° 241). Il en est ainsi, par exemple, de la vente d'une chose future, tant que cette chose n'existe pas. Comme le dit excellemment M. Chausse, « ce n'est que *lorsque se trouvent réunis les éléments essentiels d'un acte que l'on peut songer à l'affecter d'une condition*, si sa nature le comporte » (*Revue critique*, 1900, t. XXIX, p. 538). — La conséquence pratique à tirer de ces observations est importante : c'est qu'on applique à tort à ces faits futurs, improprement appelés « conditions », la rétroactivité établie par l'art. 1179.

pas à tenir compte d'une pareille réalisation ou d'une pareille défaillance : la condition dont l'arrivée a été empêchée sera *réputée réalisée*, et celle dont l'arrivée a été provoquée sera *tenue pour non avenue*. Le Code allemand contient à cet égard une disposition complète (art. 162) ; le Code français n'a visé que la première hypothèse (art. 1178).

315. A quelle époque doivent se réaliser les conditions. — Quand une condition ne se réalise pas, il s'agit de savoir à quel moment on pourra la considérer comme défaillie. Deux hypothèses sont à examiner.

1° *Aucun délai n'a été fixé pour sa réalisation.* — Alors la réalisation de la condition doit être attendue indéfiniment. Cependant on devra la considérer comme défaillie s'il survient un événement tel qu'il soit désormais certain que la condition ne pourra pas s'accomplir. Ainsi, quand la condition est l'arrivée d'un navire ou la nomination d'une personne à une fonction, il y a défaillance de la condition si le navire fait naufrage ou si le postulant meurt (art. 1176, al. 2).

2° *Un délai a été fixé.* — Alors l'expiration de ce délai vaut défaillance si la condition est encore pendante au moment où le délai expire (même art., al. 1).

L'existence d'un délai amène des solutions analogues pour les *conditions négatives;* la condition est, par exemple, qu'une personne déterminée ne se mariera pas avant cinq ans. La condition sera réalisée si le délai s'écoule sans que le mariage ait lieu : elle l'est également s'il devient certain, avant l'expiration du délai, que le mariage n'aura jamais lieu ; par exemple, si la personne désignée vient à mourir. Voyez l'art. 1179 qui énonce ces règles dans un style un peu abstrait.

§ 2. — *Effets des modalités.*

****316. Différence dans le mode d'action du terme et de la condition.** — Différentes par leurs caractères, les modalités qui affectent les actes juridiques diffèrent également par la manière dont elles agissent. Les effets du terme se produisent toujours *sans rétroactivité*, tandis que ceux de la condition opèrent *rétroactivement*. Cette absence de rétroactivité du terme et cette rétroactivité de la condition sont également conformes à la volonté des parties. Quand celles-ci emploient un terme, elles veulent simplement *limiter la durée* des effets de l'acte, soit par un terme initial, soit par un terme final. Quand elles emploient une condition, elles ne cherchent pas du tout à borner, au point de vue du temps, l'utilité de l'acte, elles veulent subordonner entièrement son efficacité à l'événement prévu par elles ; les effets de l'acte ne dureront pas moins longtemps que s'il était pur et simple, mais leur *réalisation est hypothétique.*

C'est pour respecter cette double intention des auteurs de l'acte que l'on reconnaît la rétroactivité à la condition et qu'on la refuse au terme.

317. Codes admettant la non-rétroactivité des conditions. — Il ne faut pas croire que la rétroactivité des conditions soit une nécessité naturelle qui s'impose au législateur. La plupart des Codes modernes, et les plus estimés, ne font produire d'effets à la condition que pour l'avenir à partir du moment où elle se réalise, tout en réservant aux parties le droit de la faire rétroagir (1). L'exemple paraît avoir été donné par le *Code Japo-*

(1) Il est même douteux que le droit romain, auquel nous croyons l'avoir empruntée, ait connu la véritable rétroactivité. Voyez sur ce point les explications données par MM. Chausse, *op. cit.*, p. 540, et Timbal, *op. cit.*, p. 54 et suiv.

nais dans son art. 127 ; il a été suivi de près par le *Code fédéral suisse des obligations* (art. 171 et 174), qui est de 1881, et par le *Code du Montenegro* (art. 568), qui date de 1888. Enfin est venu le *Code civil allemand*, de 1900, qui dit dans son article 158 : « Si un acte juridique est fait sous une condition suspensive, l'effet attaché à la condition *se produit lors de la réalisation de la condition.* — Si un acte juridique est fait sous une condition résolutoire, l'effet de l'acte *cesse à la réalisation de la condition.* » Le mode d'action de la condition se trouve ainsi assimilé à celui du terme. Néanmoins le Code allemand permet aux parties de convenir qué « les suites attachées à la réalisation des conditions seront reportées à une époque antérieure » (art. 159), mais cette *rétroactivité conventionnelle* ne produit d'effets qu'entre les parties et les oblige seulement à se tenir compte mutuellement de ce qui serait arrivé si l'effet de la condition avait commencé à l'époque convenue. Comp. CHAUSSE, *De la rétroactivité dans les actes juridiques* (*Revue critique*, 1900, t. XXIX, p. 520) ; GABRIEL TIMBAL, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, 1901, p. 52 et suiv.

A. — Effets des modalités suspensives.

1° Avant l'arrivée de la modalité.

****318. Effet du terme.** — Comme on est certain d'avance que le terme arrivera (n° 310) et par suite que l'effet de l'acte se produira, on considère le droit ou la charge suspendu par le terme comme *déjà existant*, même avant l'échéance. Il est déjà *acquis* d'une manière définitive : *son exécution seule est différée.*

C'est surtout pour les *créances* que l'effet du terme suspensif est intéressant à étudier ; il est même rare d'en voir l'application à d'autres droits. L'effet du terme sur une créance sera expliqué à propos des obligations (t. II). Bornons-nous à dire que jusqu'à l'échéance du terme le titulaire de la créance, bien qu'il soit déjà créancier, ne peut pas demander son paiement ; on dit que sa créance n'est pas *exigible*. Mais la créance non exigible existe et produit déjà certains effets tels que le *cours des intérêts* ; un capital en argent, dû à terme, rapporte des intérêts avant son exigibilité.

****319. Effet de la condition.** — Son effet suspensif est *beaucoup plus énergique* que celui du terme. Le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence ; *la condition en empêche la naissance même*, et on ne sait même pas si ce droit naîtra jamais. Ce doute est l'essence de la condition. Le propriétaire ou le créancier sous condition suspensive n'est donc, à proprement parler, ni propriétaire ni créancier tant que la condition est encore pendante.

Néanmoins la simple possibilité de la réalisation de la condition constitue une *chance*, qui est considérée déjà comme un élément actif ou passif du patrimoine, bien qu'elle n'ait pas encore la nature d'un droit. En parlant des créances suspendues par une condition, les anciens disaient : « Nihil adhuc debetur, sed spes est debitum iri. » Dans cet état, le droit conditionnel est déjà *transmissible* ; ce droit, qui n'existe qu'à l'état futur ou virtuel, passe aux héritiers à la mort de son titulaire ; celui-ci peut le céder ou y renoncer, de son vivant. De plus, on lui permet de faire des *actes conservatoires*, tels que l'inscription d'une hypothèque.

2° Après l'accomplissement de la modalité.

****320. Effet du terme.** — L'arrivée du terme ne fait pas naître le droit puisque le cours du terme n'en suspendait point la naissance. L'échéance permet seulement au titulaire du droit de l'utiliser : quand il s'agit d'un droit réel, comme l'usufruit, on dit que le droit est *ouvert*; quand il s'agit d'une créance, on dit qu'elle est *exigible*. C'est alors seulement que le droit, qui était antérieurement suspendu par le terme, produit tous les effets dont il est susceptible; mais ces effets se produisent *pour l'avenir seulement*, puisque le terme est dépourvu de rétroactivité.

****321. Effet des conditions.** — Pour les conditions on doit prévoir deux choses : leur *réalisation* et leur *défaillance*. En cas de réalisation de la condition, le droit ou la charge qu'elle suspendait prend *naissance*, puisque ce n'était pas encore fait, et cet effet se produit avec rétroactivité, ce qui signifie que l'acte conditionnel sera *réputé avoir réalisé ses effets dès le moment où il a été consenti*. On en reportera la réalisation dans le passé, à l'aide d'une *fiction*, qui est précisément la rétroactivité. En d'autres termes, l'acte conditionnel est traité, quand la condition est réalisée, comme s'il avait *toujours* été pur et simple.

En cas de *défaillance* de la condition, l'acte conditionnel sera réputé n'avoir jamais été fait; c'est un *acte inutile*. Il n'avait pas encore produit d'effets, et il est maintenant certain qu'il n'en produira jamais dans l'avenir, puisque la condition d'où il dépendait est défaillie.

B. — Effets des modalités extinctives.

322. Terminologie. — Lorsque la modalité extinctive est un terme, on l'appelle *terme extinctif*; lorsque c'est une condition, on emploie l'expression *condition résolutoire*, qui en marque mieux la rétroactivité.

****323. État antérieur à l'arrivée du terme ou de la condition.** — Avant l'arrivée du terme extinctif ou avant la réalisation de la condition résolutoire, l'effet des deux modalités semble provisoirement le même, ou, pour mieux dire, elles n'en produisent aucun. Le droit ou la charge affecté par la modalité prend naissance, *comme si cette modalité n'existait pas*. Il semble que l'acte soit pur et simple, puisqu'il produit immédiatement tous ses effets; et il l'est véritablement, car ce qui est suspendu par le terme ou par la condition, c'est sa suppression. Les Romains disaient très exactement : « Obligatio *pura*, quæ *sub conditione resolvitur*. »

****324. Effet de l'accomplissement de la modalité.** — La différence d'effets des deux modalités devient visible lors de leur réalisation.

A l'arrivée du terme extinctif, l'acte cesse de produire ses effets, mais *pour l'avenir seulement;* ceux qu'il avait produits jusque-là restent acquis.

C'est la conséquence de l'absence de rétroactivité du terme. On en voit un remarquable exemple dans l'*usufruit* et dans les autres *droits viagers*, qui s'éteignent en laissant acquis les bénéfices qu'ils ont procurés.

La réalisation de la condition résolutoire entraîne un effet plus énergique : non seulement l'acte cesse de produire pour l'avenir de nouveaux effets, mais *ceux qu'il avait déjà produits sont anéantis* ; on les efface fictivement ; les choses doivent être remises dans le même état que si l'acte n'avait jamais été fait ; on le tient pour non avenu. C'est la conséquence de la rétroactivité de la condition.

Enfin, si la condition résolutoire vient à défaillir, l'acte est réputé pur et simple. Les effets déjà réalisés sont consolidés, et il peut en produire d'autres pour l'avenir indéfiniment. C'est comme s'il n'avait jamais été menacé de résolution.

****325. Définitions.** — Pour résumer tout ce qui vient d'être dit, donnons les définitions suivantes :

Le *terme* est *un événement futur et de réalisation certaine, qui suspend soit l'exigibilité, soit l'extinction d'un droit, et qui produit son effet sans rétroactivité.*

La *condition* est *un événement futur et de réalisation incertaine, qui suspend soit la naissance, soit la résolution d'un droit, et qui produit son effet rétroactivement.*

CHAPITRE IV

DES NULLITÉS

****326. Définition.** — Un acte juridique est « nul » lorsqu'il se trouve *privé d'effets par la loi*, bien qu'il ait été réellement accompli et qu'aucun obstacle naturel ne le rende inutile. La nullité suppose donc essentiellement que l'acte pourrait produire tous ses effets, si la loi le permettait.

327. Distinction de l'acte nul et de l'acte inutile. — L'acte *nul* ressemble à l'acte *inutile* par l'absence d'effets, mais il y a cette différence que la stérilité de l'acte nul tient à la volonté du législateur, et celle de l'acte inutile à la volonté des parties ou à la nature des choses. Par exemple, un acte dont la condition est défaillie devient inutile ; il en est de même d'un acte qui manque d'*objet*, une vente, par exemple, si la chose vendue a déjà péri ou n'a jamais existé. L'acte est alors régulier au point de vue juridique ; il n'est pas nul, il est inutile. Il manque son effet sans que le législateur ait besoin d'intervenir, et il ne dépendrait pas du législateur de le rendre efficace.

§ 1. — *Histoire de la théorie des nullités.*

***328. Ses origines romaines.** — La théorie des nullités est une des plus

obscures qu'il y ait dans le droit civil. Cependant elle devrait être fort simple, et elle possédait cette simplicité parfaite dans les premiers temps du droit romain : l'acte nul n'existait pas au point de vue de la loi, il n'avait ni existence, ni effet juridique ; il n'y avait rien (1).

La matière des nullités commença à se compliquer sous l'empire romain, grâce au droit prétorien. Le préteur, ne pouvant pas annuler lui-même un acte que le droit civil déclarait valable, accordait néanmoins une sorte de réparation aussi pleine qu'il pouvait la faire, au moyen d'une procédure particulière, l'*in integrum restitutio*. On disait qu'un mineur, par exemple, était *restitué* ou que le contrat fait par lui était *rescindé* (*restituitur*, *rescinditur*). Cette procédure (qui rentre dans la catégorie générale des actions) fut, avec l'exception de dol, l'un des deux grands moyens que le préteur employa dans sa lutte contre le droit civil. Dès lors il y eut en droit romain deux façons pour un acte d'être nul : il y eut la *nullité civile*, qui se produisait de plein droit, automatiquement ; et, à côté d'elle, la *nullité prétorienne*, qui supposait l'exercice d'une action en justice et ne se réalisait qu'en vertu d'une sentence judiciaire.

329. Causes diverses de complication. — Si elle en était restée là, la théorie des nullités serait encore assez simple. Malheureusement diverses causes extérieures sont venues l'embrouiller. Les deux causes principales de complication ont été d'abord la *nécessité de recourir à la justice* dans toute hypothèse, en cas de désaccord sur l'existence de la nullité ; puis l'*incertitude de langage* employé à propos des nullités. De nos jours une troisième cause est venue s'ajouter aux deux premières : la création d'une catégorie nouvelle, celle des *actes inexistants* (ci-dessous, nº 332).

***330. Intervention de la justice dans les deux cas de nullité.** — Théoriquement la justice n'a rien à faire lorsque la nullité est légale ; mais il faut tenir compte de cette circonstance que l'acte a eu lieu *en fait*, qu'il a une *apparence* et qu'il n'est peut-être pas sûr qu'il soit nul. Quand un acte a été matériellement accompli et qu'il en existe une *preuve* conforme à la loi, s'il y a désaccord entre les parties, foi est due au titre provisoirement. Par conséquent celui qui fournit la preuve de l'acte peut se prévaloir jusqu'à nouvel ordre des effets dont cet acte est susceptible, alors même qu'au fond l'acte serait nul. Si quelqu'un veut l'empêcher d'en profiter, il lui faudra plaider pour démontrer l'existence de la cause de nullité. Il résulte de là que, lorsque les parties sont en désaccord sur la question de validité, les tribunaux sont appelés à se prononcer *même dans les cas où*

(1) C'est ce qu'expriment très énergiquement les textes anciens : « Nullum est negotium, nulla obligatio ; nihil agitur ; nihil actum est » (voy. Gaius, III, 176 ; *Dig.*, liv. II, tit. 14, fr. 1, § 3 ; liv. IV, tit. 2, fr. 21, § 4 ; liv. XXIV, tit. 1, fr. 11, § 9, etc.). — « Ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur » (*Code*, liv. I, tit. 14, loi 5).

la nullité opère de plein droit. Le procès, l'action en justice, n'apparaît donc pas aux praticiens comme une nécessité spéciale à l'une des deux espèces de nullité. C'est un point qui avait été déjà aperçu par Domat. On lit dans ses *Loix civiles* que, si quelqu'un se plaint d'une convention nulle, il faut « qu'il recoure à la justice pour faire juger de la nullité, en cas qu'il rencontre de la résistance, car, quand il faut user de la force, la justice n'en souffre aucune, si elle-même ne la met en usage » (liv. I, titre I, sect. 5, art. 16), et Domat dit cela pour toutes les nullités, sans aucune distinction. En d'autres termes, l'intervention des tribunaux dans les cas de nullité absolue est fondée uniquement sur ce principe que nul ne peut se faire justice à soi-même, et non sur la nécessité de casser un acte déjà annulé par la loi.

331. Langage confus des anciens auteurs. — La confusion entre les deux espèces de nullité est constante chez nos anciens auteurs, même chez Domat, le seul pourtant qui ait essayé d'en construire une théorie d'ensemble. Il y a totalement échoué ; sa doctrine est hésitante et il en confond toutes les variétés. Cependant c'est lui qui a signalé la nécessité d'une action en justice, dans le passage cité au n° précédent, et il en a fort bien expliqué le motif, quoiqu'il fasse allusion dans ce passage à des nullités opérant leur effet de plein droit (1). Ses idées restent donc vagues. — Pothier n'a pas mieux réussi à dégager cette notion. Cependant il admet des nullités qui empêchent radicalement l'acte de produire ses effets (*Obligations*, n°s 17 et 21).

332. Création de la catégorie des actes inexistants. — Depuis 1804 le langage s'est encore compliqué par l'introduction d'un terme nouveau, celui d'*acte inexistant*, appliqué aux actes qui ne produisent aucun effet, même avant d'être annulés. Cette appellation, qui paraît provenir de l'ouvrage allemand de Zachariæ, a été surtout mise à la mode par Demolombe et par Laurent. Elle a eu pour effet d'augmenter la confusion des idées parce que tous ceux qui l'emploient n'en font pas le même usage.

Pour les uns, l'acte est *inexistant* quand la nullité l'atteint de plein droit, sans l'intervention de la justice ; pour les autres, au contraire, la nullité ne peut jamais être un cas d'inexistence. Ce dernier système a été soutenu notamment par MM. Aubry et Rau avec une grande netteté (t. I, § 37, p. 118 et suiv.). D'après eux, *l'acte inexistant* ou *non avenu* est « celui qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible de le concevoir ». L'inefficacité d'un pareil acte est « indépendante de toute déclaration judiciaire et il appartient à tout juge de la reconnaître, même d'office » ; mais *ce n'est pas un cas de nullité*, car il n'y a pas lieu d'annuler un acte qui n'existe pas. — L'*acte nul* est celui qui réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qui est frappé d'inefficacité « comme contrevenant

(1) Il parle de conventions qui sont « nulles dans leur origine », et qui sont telles « soit que la nullité soit d'abord reconnue ou que la convention paroisse subsister et avoir quelque effet » (*Loix civiles*, liv. I, tit. 1, sect. 5, art. 3)

à un commandement ou à une défense de la loi ». La nullité n'a jamais lieu de plein droit en vertu de la loi, même dans le cas où le texte la qualifie de *nullité de droit* ou *nullité de plein droit*; elle doit toujours être prononcée par jugement. A cette règle, il n'existe, d'après ces auteurs, qu'une seule exception, celle de l'art. 686 C. proc. civ. Par suite, l'acte nul reste efficace même quand la nullité est fondée sur des motifs d'ordre public, tant qu'il n'a pas été annulé par le juge. Toute nullité suppose donc une action en justice, et jamais elle n'entraîne l'inexistence initiale de l'acte.

En somme, la grosse différence qui sépare les auteurs consiste en ceci : les uns admettent des nullités produisant leur effet de plein droit et sans jugement, en vertu de la loi; les autres ne pensent pas que ce résultat puisse jamais se produire et exigent toujours une sentence du juge pour que l'acte, une fois accompli, soit réduit à l'état d'inefficacité juridique.

333. Confusion actuelle du langage. — Rien ne serait plus simple que de fixer le langage. Nous avons trois mots à notre disposition : *annulable*, *nul*, *inexistant*, et trois situations à distinguer : 1° l'acte que la loi n'a pas besoin d'annuler parce qu'il n'est pas arrivé à l'existence; 2° l'acte annulé de plein droit par la loi; 3° l'acte annulé par jugement. Le mot « inexistant » désignerait les actes de la première classe; le mot « nul » ceux de la seconde; et le mot « annulable » ceux de la troisième. Au lieu de cette répartition si simple, voici ce qu'on remarque : Laurent, qui a consacré à cette matière de longs développements (t. XV, nos 450 à 465; t. II, p. 341 à 355, p. 430-477; t. XXII, nos 391-392), prend le mot *nul* comme synonyme d'*annulable* et réserve ces deux expressions aux actes annulables par jugement à la suite d'une action en nullité; puis il applique le terme *actes inexistants* à ceux qui sont annulés de plein droit par la loi. Les autres font une différence entre « nul » et « annulable » : l'acte est nul quand la loi elle-même le prive d'effets sans qu'on ait besoin de le faire annuler par jugement; il est annulable quand il faut une sentence de juge pour le détruire. A ce système se rattachent MM. Demolombe et Colmet de Santerre. Mais ces auteurs confondent volontiers l'inexistence et la nullité de plein droit. Exemples : M. Demolombe dit : « Le contrat que nous appelons *nul* est celui qui n'a pu se former;... il est *inexistant*, c'est un pur fait; d'où il suit que cette inexistence... » (t. XXIV, n° 76), et plus loin : « La convention que nous appelons *nulle* n'est pas en réalité une convention;... elle *n'existe pas* légalement, elle n'est qu'un fait » (t. XXIX, n° 22). MM. Aubry et Rau disent de leur côté : « Une obligation qui, à proprement parler, serait nulle, n'aurait pas besoin d'être éteinte, car on ne détruit que ce qui existe » (t. V, n° 261); « l'acte nul est un simple fait qui n'a point d'existence légale... » (*Ibid.*, n° 262). — Enfin le traité de Solon sur les nullités ne présente sur ce point qu'une doctrine confuse. Il admet que « la nullité de plein droit ne produit son effet qu'autant qu'elle est reconnue par jugement, car il n'est pas permis aux particuliers de se rendre justice eux-mêmes... » (*Théorie sur la nullité des actes et des conventions de tout genre en matière civile*, 1835, 2 vol., nos 12 et 16). On saisit ici sur le fait la confusion signalée aux nos 330 et 331.

Un effort considérable a été tenté par M. Japiot, dans sa thèse sur la *théorie des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909. Il a cherché à construire une théorie qui réponde à la complexité croissante de la législation, qui se surcharge de règles spéciales pour s'adapter à des cas variés. Je crois cependant que ces complications ne détruisent pas le dualisme fondamental des nullités.

***334. Jurisprudence.** — La jurisprudence est encore incertaine, et ses arrêts sont relativement rares. La doctrine des actes inexistants a pénétré

dans quelques décisions judiciaires (1), sans qu'on puisse savoir toutefois auquel des deux systèmes indiqués plus haut ces décisions ont donné la préférence. Mais, d'autre part, cette doctrine a été condamnée en termes très nets, tout au moins pour la matière du mariage, par un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui a été confirmé par la Chambre civile. L'arrêt de Bordeaux s'exprime ainsi : « D'après une règle générale du droit, *les nullités, fussent-elles absolues ou substantielles et même d'ordre public, n'existent pas de plein droit*; les actes qu'elles vicient *conservent tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés*... Tout aboutit en définitive à une action en nullité (2). » On eût sans doute bien embarrassé le rédacteur de cet arrêt si on lui avait demandé quelle est cette règle générale du droit dont il affirme ainsi l'existence, d'où elle vient et qui en a donné la formule.

***335. Maintien du dualisme des nullités.** — Malgré les fréquentes inexactitudes de langage commises par les auteurs et les arrêts, il n'est pas douteux que le système romain a été conservé en France jusqu'à nos jours dans sa disposition fondamentale, qui est l'existence d'une double espèce de nullité, l'une légale, opérant de plein droit, l'autre judiciaire, supposant l'exercice d'une action en justice et résultant seulement de la sentence.

Tout d'abord cette tradition ne s'est jamais perdue chez nous, seulement il faut aller la chercher dans des auteurs qui ne sont pas les sources ordinaires de nos lois modernes. L'antithèse entre les actes nuls de plein droit et ceux qui sont simplement annulables par la justice a été très nettement exposée par d'Argentré (3), puis par le président Bouhier (4), par Dunod de Charnage (5), par Guyot (6).

(1) Arrêts relatifs à des donations : Rennes, 19 mai 1884, S. 85. 2. 169 ; Pau, 13 mai 1890, D. 90. 2. 345, S. 91. 2. 228. — Arrêts relatifs au mariage : Bastia, 8 février 1888, D. 88. 2. 317, P. 88. 2. 205, S. 89. 2. 177, note de M. Labbé. L'arrêt de Bastia est d'autant plus remarquable qu'il est postérieur à l'arrêt de la Chambre civile du 9 nov. 1887, cité à la note suivante, et qu'il cherche à en restreindre la portée. Lui-même a d'ailleurs été confirmé par la Cour de cassation, le 27 février 1890, D. 90. 1. 290.

(2) Bordeaux, 25 juin 1884, D. 88. 1. 161, S. 85. 2. 201. — Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté (Cass., nov. 1887, D. 88. 1. 161, P. 88. 1. 1). — Comparez l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 5 mai 1879, dans l'affaire de la congrégation des Frères de Saint-Viateur, et la note de M. Beudant (D. 80. 1. 145).

(3) « Non omnes causæ (nullitatis) eosdem effectus generant. Sunt enim causæ quædam quæ perpetuam et indefinientem prohibitionis naturam habent et nullitates indicunt, ut cum illicite et contra bonos mores contrahitur... Sed sunt nullitates alterius generis, quæ privatas causas et interesse respiciant, atque hæ fere alio jure habentur » (sur l'art. 266, glose *De qualitatibus titulorum*, cap. 2, n° 11). — « Tales nullitates [ex publicis causis] ipsum actum per se afficiunt... Rescissionibus non indigent ; ipsa enim legis executio pro nullitate est, nec hominis aut factum aut judicium aut declarationem expectat, quia potentiam lex removit ab actu et nullitatem impressit actui » (sur l'art. 283, glose I, n°s 10 et 11).

(4) « Nos auteurs distinguent deux sortes de nullitez. Les unes ont pour principe l'intérêt public... De telles nullitez... anéantissent l'acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avenu » (*Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XIX, n°s 12 et 13).

(5) « La loi ne peut jamais donner aucun effet à un acte qu'elle prohibe en vue de l'intérêt de la société ; la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un fait... qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception » (*Traité des prescriptions*, p. 47-59).

(6) *Répertoire* (réédité ensuite par Merlin), v° *Prescription*.

En second lieu, et ceci est plus important pour nous, la doctrine des deux nullités a été certainement maintenue par le Code civil. L'art 1117 fait la distinction en termes très nets : « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est *point nulle de plein droit* ; elle donne seulement lieu à une *action en nullité ou en rescision...* » N'eussions-nous que ce seul texte, nous pourrions déjà affirmer le maintien du dualisme des nullités ; mais il y en a d'autres. L'art 1339 applique formellement à des donations nulles en la forme l'une des conséquences les plus caractéristiques de la nullité de plein droit : l'impossibilité d'être confirmées, et la nécessité d'être refaites. Qu'on rapproche de ces textes ceux qui parlent d'une action à exercer en justice pour faire prononcer la nullité (art. 181, 183, 503, 1125, 1304), on se convaincra que la distinction traditionnelle des deux espèces de nullité est encore conforme à nos lois. Du reste, elle a été énoncée à diverses reprises dans les travaux préparatoires (1).

Pour conclure, nous dirons, d'une part, qu'il serait regrettable d'abandonner l'idée d'une nullité opérant ses effets de plein droit et sans jugement. C'est une tradition historique certaine ; l'idée est satisfaisante au point de vue logique, et il est très facile d'expliquer, en cas de contestation, comme on l'a vu ci-dessus et comme on le verra plus loin (n° 338), la nécessité de l'intervention de la justice par l'effet des règles sur la preuve et l'impossibilité de se faire justice soi-même (2). — D'autre part, il est impossible de rejeter la catégorie des actes inexistants ; mais on verra qu'il y a lieu de leur faire une part réduite (n°s 345 et suiv.). — En Allemagne, on a admis un système d'annulation par simple déclaration, sans intervention du juge (art. 143 C. civ. all. et les notes dans l'édition du comité de législation étrangère).

§ 2. — *Actes nuls de plein droit.*

***336. Cas où se produit cette nullité.** — La nullité de plein droit est

(1) Le rapporteur du Tribunat, Jaubert, dit : « Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats, et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité » (Fenet, t. VIII, p. 370 ; comp. p. 393-395. — Locré, t. VI, p. 218-219). Comparez les observations de la section de législation du Tribunat sur l'art. 1338 (Fenet, VIII, p. 167 ; Locré, t. VI, p. 136) et surtout les explications données par Portalis et Réal dans la séance du 27 septembre 1801 (Fenet, t. IX, p. 52).

(2) On a dit à ce sujet que la distinction entre les actes annulables et les actes nuls de plein droit n'existait qu'*à la surface*. « Du moment que la justice doit intervenir en cas de contestation, il importe assez peu que le rôle de juge consiste dans un cas à déclarer l'acte inexistant et dans l'autre à l'annuler. » Hé, si, cela importe beaucoup, quoique les magistrats eux-mêmes n'y fassent guère de différence : parce que c'est de là que dépendent tous les traits spécifiques propres à l'une ou à l'autre des deux espèces de nullités. Voyez ci-dessous les §§ 2 et 3. — Des arrêts récents paraissent bien avoir admis l'existence de nullités radicales produisant leurs effets de plein droit (Cass., 6 juin 1901, D. 1903. 1. 198 ; Chambéry, 13 janvier 1909, D. 1909. 2. 221, P. et S., 1909. 2. 103).

la véritable nullité, celle qui sanctionne en principe les prohibitions de la loi. C'est celle qui représente le *droit commun* ; quand il s'agit de nullité, ce sont ses effets qui se produisent habituellement ; la simple annulabilité est une exception, qui n'a lieu que dans certains cas et pour des causes déterminées. Il n'y a donc pas lieu de rechercher les cas où ce genre de nullité se produit : il suffira plus tard d'indiquer les exceptions qu'il comporte (voy. § 3). Si on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels où l'acte est simplement annulable, c'est qu'on est en face d'une nullité de plein droit.

Mais il peut y avoir des doutes sur une autre question : *l'acte contraire à la loi est-il nul?* Il n'existe pas dans le Code d'article général annulant tous les actes contraires à ses dispositions (1). Toutes les fois que le Code prononce la nullité, il s'agit d'un acte déterminé. D'un autre côté, le Code ne dit pas non plus que la nullité ne peut être admise que dans le cas où le texte la prononce expressément. Il résulte de là que certaines dispositions de loi peuvent être sanctionnées par la nullité, sans que la loi l'ait dit. Les nullités sont donc les unes *expresses*, les autres *tacites* (2).

***337. Comment se reconnaît la nullité tacite.** — Souvent la nullité, n'étant pas écrite dans le texte, découle seulement de l'esprit de la loi.

S'agit-il de *dispositions prohibitives?* Ces dispositions qui sont nombreuses dans le Code (3), sont, d'une manière très générale, sanctionnées par la nullité. L'invalidité de l'acte est la conséquence normale de la prohibition. « Qui contra legem agit, nihil agit ; » il est inutile que la loi le dise. Portalis avait introduit dans le Livre préliminaire une disposition portant : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée » (Tit. IV, art. 9). Cette disposition a été écartée avec bien d'autres comme inutile. Du reste elle souffre quelques exceptions en matière de mariage ; il y a des cas où la loi, tout en désirant qu'un mariage ne se fasse pas, n'ose pas cependant l'annuler quand il s'est fait malgré sa défense ; c'est ce qu'on appelle les *empêchements simplement prohibitifs* qui ne sont pas *dirimants* (4).

S'agit-il de *dispositions impératives*, qui ordonnent d'accomplir un acte ou une formalité? La nullité est beaucoup moins fréquente. Très souvent l'omission est sanctionnée par d'autres moyens : une amende, une peine disciplinaire, si la personne en faute est un officier public ; des dommages-intérêts pour les tiers, si c'est un simple particulier. Ces exceptions ont lieu surtout pour les textes qui ordonnent des formalités purement *instrumentaires*, relatives à la confection d'un écrit. On en verra un remarquable exemple dans les actes de l'état civil, qui peuvent contenir beaucoup d'irrégularités sans être nuls.

****338. Mode d'action de la nullité.** — La nullité de plein droit est l'œuvre directe du législateur qui rend nul ce qui a été fait. Il n'y a donc pas

(1) On trouve des dispositions générales sur les nullités dans le Code de procédure (art. 1040), et dans le Code d'instruction criminelle (art. 407 et suiv.), mais non dans le Code civil.

(2) MM. Aubry et Rau disent *textuelles* et *virtuelles* (t. I, § 37).

(3) Très souvent la loi s'exprime ainsi : « On ne peut faire tel acte... On ne pourra convenir que... Tel acte est prohibé... » Exemples : Art. 144, 147, 161, 162, 163, 686, 791, 815, 1389, 1600, 2127, 2129 al. 2, etc.

(4) On a quelquefois donné à ces exceptions une portée trop générale (Solon, *Des nullités*, t. I, p. 261). La prétendue maxime « Multa fieri prohibentur quæ, si facta fuerint, obtinent firmitatem » n'est vraie que pour le mariage.

besoin d'exercer, à proprement parler, une *action en nullité :* le juge n'a pas à *casser* cet acte, que la loi ne reconnaît pas ; la loi s'en est chargée. Cependant si une contestation s'élève sur la validité de l'acte, de façon que la nullité soit mise en doute, il faudra plaider, parce que nul ne peut se faire justice à soi-même ; mais le juge se bornera à *constater* la nullité ; il n'aura pas à la *décréter*. Voyez les art. 960 et 1117, et ce qui est dit au nº 332 ci-dessus.

****339. Caractères de la nullité.** — Comme conséquences de cette notion première, on déduit les quatre règles suivantes :

1º *La nullité est immédiate* ; elle frappe l'acte aussitôt qu'il est fait. Par conséquent, il n'y a aucun moment où les effets de l'acte puissent se produire ; les parties ne sont pas plus avancées que si elles n'avaient rien fait, et elles sont libres d'agir immédiatement à nouveau comme si l'acte nul n'était pas intervenu ; cet acte ne peut en rien paralyser leur liberté.

2º *Toute personne intéressée à faire constater la nullité peut s'en prévaloir.* Si quelqu'un s'avisait de tirer une conséquence de l'acte nul, sa partie adverse, quelle qu'elle fût, pourrait toujours s'y opposer en invoquant la nullité. L'acte est donc nul pour tout le monde, parce que sa nullité est fondée sur une considération d'intérêt général. Pour exprimer cette conséquence, on dit que la nullité de plein droit est *absolue*, ce qui signifie qu'elle a lieu à l'égard de tous les intéressés. Voyez ci-dessous, nº 343-2º, en note.

3º *La nullité ne peut pas se couvrir par la confirmation d'un des intéressés.* Ceci tient à ce que la nullité existe avant tout jugement et au profit de tous. Aucun des intéressés ne peut priver les autres, par sa seule volonté, du droit que ceux-ci ont, comme lui, d'invoquer la nullité. Si la confirmation est possible pour l'acte annulable, c'est qu'une seule des parties est armée de l'action en nullité ; en y renonçant elle rend l'acte inattaquable. Le même résultat ne pourrait se produire pour l'acte véritablement nul que par l'*accord unanime* de tous les intéressés, et encore, la plupart du temps, cet accord se produirait vainement parce qu'il rencontrerait la même prohibition de la loi qui a déjà rendu nul l'acte primitif.

4º *La nullité ne peut pas se prescrire*, c'est-à-dire se couvrir par le laps de temps. Quelque vieux qu'il soit, l'acte nul ne peut produire aucun effet ; il serait incompréhensible que le temps, en s'écoulant, rendît efficace un acte prohibé par la loi. C'est ce qu'exprimait l'ancien adage : « Quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest » (1).

Cependant la jurisprudence a quelquefois admis que lorsqu'une personne acquiert un

(1) « Il y a des auteurs qui estiment que les nullités absolues peuvent être prescrites par l'espace de cent ans. Fachiné les réfute et soutient qu'elles sont imprescriptibles. C'est l'opinion commune » (DUNOD DE CHARNAGE, *Prescriptions*, p. 47).

intérêt positif à demander la nullité de cet acte qui lui fait grief, son droit de la faire constater se prescrit par trente ans à compter du jour où cet intérêt est né (Cass., 6 avril 1856, S. 59. 1. 17 ; Limoges, 22 juill. 1873, D. 74. 2.68). On lit à ce sujet dans un arrêt de la chambre des requêtes : « La prescription ainsi établie (en matière de nullités radicales) *n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale*, mais elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation » (5 mai 1879, D. 80. 1. 145). Quelle différence peut bien exister entre un acte devenu valable par la prescription et un acte nul que personne ne peut attaquer?

§ 3. — *Des actes annulables.*

****340. Cas d'annulabilité.** — Les principales causes qui rendent un acte annulable sont de deux sortes. Il y a : 1° *les vices du consentement* ; 2° *l'incapacité* de l'auteur ou de l'un des auteurs de l'acte.

Les vices du consentement ont déjà été étudiés ; rappelons seulement leurs noms : la *violence*, l'*erreur*, le *dol*, et parfois aussi la *lésion* (ci-dessus, nos 274 et suiv.).

L'incapacité sera exposée plus loin, à propos de la théorie générale des personnes (nos 1610 et suiv.).

Il y a quelques hypothèses où la même nullité se produit sans qu'il y ait à proprement parler incapacité (art. 1596, 1597, 1599).

****341. Motif de la nullité.** — La simple annulation est une *mesure de protection pour une personne déterminée*. Tantôt c'est un incapable que la loi veut garantir contre sa propre inexpérience ; tantôt c'est une personne qui a été trompée ou violentée, ou qui est tombée dans une erreur fortuite. Ce motif très spécial explique tous les caractères qui sont propres à cette nullité.

****342. Mode d'action.** — Cette espèce particulière de nullité diffère de la nullité véritable, non seulement par ses motifs, mais aussi par son *mode d'action*, c'est-à-dire par la façon dont elle amène l'anéantissement des effets juridiques de l'acte accompli. Pour l'acte simplement annulable la nullité ne se produit pas de plein droit ; elle a besoin d'être *demandée en justice* et *prononcée* par l'autorité judiciaire. Elle suppose donc nécessairement l'exercice d'une *action*, conformément à son origine historique, qui est l' « in integrum restitutio » prétorienne (ci-dessus, n° 328). Cette action porte en général le nom d'*action en nullité* (1).

Toutefois, pour le cas de lésion, on emploie plus spécialement le nom d'*action en rescision*, qui est bon à conserver, parce qu'il existe alors quelques particularités qui seront expliquées à leur place et qui rendent utile une distinction.

(1) Pour éviter toutes les confusions de langage signalées aux nos 331 et 333, il serait bien facile de réserver le mot *annulable* aux nullités de la seconde espèce et le mot *nul* à celles de la première espèce, mais en général on n'y fait guère attention, et le Code lui-même quand il emploie le mot « nul » parle tantôt d'actes qui sont nuls de plein droit (art. 896, 931, 943, 945, 1001, 2055, 2063) et tantôt d'actes simplement annulables sur demande (art. 201, 225, 472, 1110 et suiv., 1131, 1453, 1596, 1597).

****343. Caractères distinctifs de l'acte annulable.** — La nature spéciale du motif qui rend un acte annulable, ainsi que la nécessité d'agir en justice pour faire tomber l'acte, produisent une quadruple conséquence, d'où résultent autant de différences entre les deux espèces de nullités, car les règles que nous rencontrons ici sont l'inverse de celles qui gouvernent les actes nuls de plein droit et qui ont été énumérées au n° 339.

1° *La nullité n'est pas immédiate.* L'acte pourra être annulé plus tard, par une sentence du juge ; mais en attendant il existe et il produit ses effets. Il vit, en quelque sorte, sous une menace de mort. C'est ce qu'on exprime en disant qu'il n'est pas nul, mais simplement *annulable.* Par conséquent, la sentence du juge qui le casse est un acte d'autorité qui modifie l'état antérieur des choses ; ce n'est pas leur pouvoir de *jurisdictio* que les juges exercent ici, c'est quelque chose d'analogue à l'*imperium* des magistrats romains. Mais, si la nullité n'est pas immédiate, elle est du moins *rétroactive :* quand elle est prononcée par la justice, l'acte tombe avec tous les effets qu'il avait produits : il est anéanti même dans le passé.

2° *L'action en nullité*, c'est-à-dire le droit de faire tomber l'acte en sollicitant du tribunal un jugement d'annulation, *n'est pas accordée à tout le monde.* Il ne suffit pas d'être intéressé à la nullité de l'acte pour avoir le droit de la demander ; c'est une faculté réservée par la loi soit à l'incapable, soit à la personne dont le consentement a été vicié. L'action en nullité est un moyen de protection pour une personne déterminée : c'est donc à cette personne seule que l'action doit appartenir ; elle seule peut anéantir l'acte, en se servant de l'arme que la loi lui met en main. A l'égard de toute autre personne, l'acte est aussi valable, aussi solide, que s'il n'était affecté d'aucune cause de nullité. Voyez l'art. 1125 ; comp. art. 180, al. 1er, et 182.

C'est ce caractère très remarquable des actes simplement annulables que l'on exprime en disant que la nullité est *relative*, on disait jadis *respective*, parce qu'elle n'est permise qu'à certaines personnes, et on oppose la « nullité relative » aux « nullités absolues », qui atteignent les actes nuls de plein droit (1). Mais on se tromperait gravement en croyant que la nullité une fois prononcée n'existe que relativement à la personne qui avait le droit de la demander ; l'action en nullité, quand elle triomphe, entraîne l'annulation complète de l'acte, qui est désormais réputé nul par tous les intéressés. Il n'y a donc de relatif que le droit d'agir ; l'effet de l'action ne l'est pas.

3° *La nullité est susceptible de se couvrir par l'effet d'une confirmation;* elle n'est donc ni certaine ni inévitable. La façon dont la confirmation peut se faire sera étudiée dans le t. II.

(1) Les expressions *nullité absolue, nullité relative*, sont celles qu'on emploie le plus communément dans la pratique pour distinguer les deux espèces de nullités. Ces appellations sont mal choisies, parce qu'elles sont tirées d'un caractère secondaire. Il vaut mieux employer les expressions *nullité de plein droit* et *simple annulabilité* qui font allusion à la différence fondamentale dont toutes les autres découlent.

La confirmation a pour effet de rendre valable l'acte qui était primitivement annulable ; elle fait disparaître le vice dont il était atteint parce qu'elle consiste en une renonciation à l'action en nullité, dont l'exercice devient impossible. Désormais la seule personne qui pouvait l'attaquer a perdu ce droit et l'acte devient aussi solide que s'il avait été régulier dès le principe ; non seulement les effets qu'il avait produits dans le passé se trouvent confirmés et deviennent définitifs, mais l'acte est susceptible d'en produire d'autres dans l'avenir. Il est *rétroactivement validé.*

4° *L'action en nullité peut se perdre par prescription*, indépendamment de tout acte particulier de renonciation, et cette prescription est même assez rapide ; elle est de dix ans au plus (art. 1304) (1).

A ce principe divers textes apportent des dérogations en réduisant l'action à 2 ans en cas de lésion dans une vente d'immeubles (art. 1676), à un an (art. 183) et même à six mois (art. 181) pour le mariage.

344. Raisons du maintien de la simple annulabilité. — On a vu plus haut (n° 328) que la coexistence de deux espèces de nullités, opérant leurs effets d'une manière différente, était un produit accidentel du grand duel qui a rempli toute la législation romaine, la lutte du droit prétorien contre le vieux droit civil. Sa conservation jusqu'à nos jours n'est pas l'effet d'un simple phénomène de survivance ; elle a ses raisons pratiques. Lorsque la nullité est une mesure de protection pour une personne déterminée, on comprend que la loi se contente d'ouvrir à cette personne une action en justice, créée à son profit et à laquelle elle puisse renoncer ; on lui laisse le choix ou de maintenir l'acte ou d'en faire prononcer l'annulation. La simple possibilité de faire annuler l'acte au moyen d'une demande spéciale adressée aux tribunaux est en ce cas beaucoup plus avantageuse qu'une nullité directe, dont l'effet serait brutal et inévitable.

§ 4. — *Des actes inexistants.*

***345. Définition.** — Un acte est inexistant *lorsqu'il lui manque un élément essentiel à sa formation et tel qu'on ne puisse pas concevoir l'acte en l'absence de cet élément.*

Il n'y a lieu de s'occuper des cas d'inexistence qu'autant que l'acte a été *accompli en fait et que la preuve en est fournie* : sont naturellement inexistants les actes que personne n'a jamais faits, mais de ceux-là personne ne s'occupe, tandis qu'un acte peut *exister en apparence, avoir sa preuve*, et être néanmoins *juridiquement inexistant.*

***346. Distinction de l'inexistence et de la nullité.** — L'inexistence ainsi entendue est entièrement distincte des cas de nullité. Lorsqu'un acte est inexistant, la loi n'a pas besoin de l'annuler ; c'est un acte qui n'a pas été réellement fait et qui n'existe qu'en apparence ; c'est cette apparence qu'on discute. Au fond, rien n'existe qui puisse être annulé par la loi. On peut donc dire que l'inexistence véritable est *incompatible avec la nullité*,

(1) Certains Codes réduisent encore ce délai : il est de cinq ans en Italie et de quatre ans en Espagne (C. civ. italien, art. 1300 ; C. civ. espagnol, art. 1299 et 1301).

puisque la nullité est une opération qui consiste à anéantir un acte réellement accompli et pourvu de tous ses éléments (1).

Aussi doit-on éviter avec soin d'employer, comme le font beaucoup d'auteurs, le mot « inexistant » pour l'appliquer aux actes annulés par la loi ; le terme « nul de plein droit » est tout aussi clair et beaucoup plus juste.

347. Origine de la théorie des actes inexistants. — La distinction des actes nuls et des actes inexistants était inconnue dans l'ancien droit. Elle a été inventée à propos du mariage, pour priver certaines unions de tout effet civil, bien que la loi ait omis d'en prononcer la nullité. On en a trouvé l'idée dans les paroles suivantes du Premier Consul : « Il ne faut pas mêler ensemble, disait-il, les cas où le mariage n'existe pas, et ceux où il peut être cassé... Il n'y a pas de mariage si on a écrit que la femme a dit oui quand elle a dit non ; si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé. » La théorie a été présentée pour la première fois par Zachariæ (t. III, § 450) ; elle a été depuis lors acceptée par tous les auteurs, heureux de trouver en elle un moyen de sortir d'embarras et d'annuler des mariages sans texte. Mais ils n'ont jamais réussi à se mettre entièrement d'accord sur les détails, ni surtout à faire pénétrer leurs idées dans la jurisprudence.

****348. Cas d'inexistence de l'acte.** — Les éléments essentiels dont l'absence entraîne l'inexistence de l'acte sont de deux sortes. L'un est d'une nécessité générale, commune à tous les actes juridiques : c'est le *consentement* ou mieux la *volonté*. L'acte juridique étant, par définition, un acte volontairement accompli en vue d'obtenir des effets de droit, si cette volonté n'existe pas, l'acte lui-même n'existe pas non plus. L'absence complète du consentement est donc un premier cas d'inexistence véritable pour les actes juridiques. Tel serait le billet signé par un enfant en bas âge ou par une personne en état de folie. L'art. 146 exprime en termes excellents, à propos du mariage, cet effet de l'absence du consentement : « *Il n'y a pas de mariage*, lorsqu'il n'y a pas de consentement. »

Les autres éléments essentiels à l'existence de l'acte sont variables selon les diverses espèces d'actes et ils sont déterminés pour chacun par sa définition particulière. Tel est le *prix* dans la *vente* : si deux personnes ont voulu faire une vente, et qu'elles aient omis de fixer un prix, la vente n'existe pas. Il n'y a encore rien de fait.

349. Du défaut de solennité dans les actes solennels. — Généralement on considère comme une cause d'inexistence l'absence de la forme solennelle que la loi exige pour certains actes. Appliquant à la lettre l'ancienne maxime : « Forma dat esse rei », on décide que l'acte qui a été accompli sans les formalités légales est réputé n'avoir pas été fait, puisqu'il n'a pas eu lieu sous la forme que la loi lui impose.

Cette manière de voir n'est pas rigoureusement exacte. L'absence d'effets de l'acte irrégulier en la forme est véritablement un cas de nullité : on con-

(1) Voyez cependant une note de M. Naquet (P. et S. 1912. 1. 251) qui combat la théorie des actes inexistants. Comparez Pize, thèse, Lyon, 1897.

cevrait très bien la possibilité de faire ce même acte sans formes solennelles. Prenons nos principaux actes solennels : mariage, constitution d'hypothèque, donation ; le mariage a été longtemps purement consensuel ; la constitution d'une hypothèque se faisait en droit romain par le seul consentement, et de nos jours encore il y a des donations qui se font valablement, bien qu'elles soient dépourvues de toute solennité. Si l'acte irrégulier en la forme reste stérile, ce n'est donc pas qu'il soit inexistant en fait : c'est la volonté de la loi qui le réduit à l'inexistence juridique, c'est-à-dire qu'il est nul. Cependant, comme la distinction de l'inexistence et de la nullité absolue est purement théorique (puisque cette dernière consiste précisément à réduire un acte réellement accompli à l'état d'inefficacité juridique qui résulterait de son inaccomplissement), on peut suivre l'opinion commune et dire qu'un acte solennel, dépourvu des solennités requises, est inexistant (1).

(1) Cette identité de situation entre l'acte nul de plein droit et l'acte inexistant se trouve écrite en quelque sorte dans les textes : lisez l'art. 1131 qui dit que la convention *illicite* (c'est-à-dire nulle) « ne peut avoir *aucun effet* », et l'art. 932 qui, parlant d'une donation non encore acceptée (c'est-à-dire non encore achevée comme convention), dit qu'elle *n'a pas d'effet*. Les actes inexistants et les actes nuls de plein droit se trouvent ainsi confondus dans le même néant ; il n'y a de différence entre eux que *dans la cause qui les rend stériles* : pour l'acte inexistant, c'est l'absence d'un élément nécessaire à sa formation, pour l'acte nul de plein droit, c'est la volonté de la loi. — Sur les actes inexistants, voyez les *Notes* de MM. Glasson, dans *Dalloz*, 1903. 1. 137, et Tissier, dans *Sirey*, 1903. 1. 257.

NOTIONS SOMMAIRES SUR LES PREUVES

CHAPITRE UNIQUE

Observation. — La théorie générale des preuves devrait être exposée ici avec toute l'ampleur qu'elle comporte. C'est sa place rationnelle. Mais comme le Code français a, par un défaut de méthode évident, inséré la théorie des preuves dans la matière des obligations, tous les professeurs de France sont condamnés à parler des preuves en seconde année à propos des contrats, comme si les particuliers n'avaient jamais à prouver ni droits réels, ni faits matériels, et comme si les étudiants n'avaient pas, dès leur première année, besoin de connaître les principes des preuves pour étudier les actes de l'état civil, le mariage et les divers actes relatifs à l'état des personnes, la filiation, les modes de transmission de la propriété et les modes d'établissement de l'usufruit et des servitudes. Je suis donc obligé de tenir compte d'un usage invétéré et de renvoyer au t. II cette théorie des preuves. Il est néanmoins nécessaire de donner ici, par anticipation, les notions indispensables pour comprendre les matières de première année.

§ 1. — *Des moyens de preuve.*

350. Définition de la preuve. — On appelle « preuve » *tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d'un fait.*

351. Classification des preuves. — Pour savoir la vérité, le juge a trois moyens principaux : 1° les *déclarations* des parties elles-mêmes ; 2° le *témoignage* d'autres personnes ; 3° des *faits matériels.*

1° Déclarations des parties. — Les déclarations des parties ont une valeur très différente, selon qu'il y a *reconnaissance d'un fait nuisible* ou *allégation d'un fait favorable.*

Au premier cas il y a un *aveu*, et l'aveu dispense en général l'adversaire de toute preuve, puisque le fait n'est plus contesté ; le litige disparaît sur le point faisant l'objet d'un aveu. Ce n'est que très exceptionnellement que la loi n'admet pas l'aveu comme preuve.

Au second cas, l'allégation ou l'affirmation émise par la partie est sans force probante ; c'est une prétention, ce n'est pas une preuve ; ce peut être un mensonge et rien n'en garantit l'exactitude. Du reste ces allégations sont en général détruites par les affirmations contraires de l'adversaire. Cependant à titre exceptionnel et *à défaut de toute autre preuve*, l'allégation de la partie, bien qu'émise à son profit, est reçue comme preuve suffisante : on lui donne alors une *forme solennelle*, destinée à éviter autant que possible les mensonges, et elle prend le nom de *serment.*

2° Témoignages. — Le *témoin* est une personne tierce qui a été présente à l'accomplissement d'un acte ou d'un fait et qui en certifie au juge soit l'existence, soit seulement les conditions, la manière d'être ou les résultats, quand l'existence n'en est pas contestée. L'*expert* est un témoin d'un genre particulier qui vérifie les faits que le juge ne peut apprécier par lui-même.

3° Faits matériels. — Très souvent on se sert, pour démontrer la vérité, de faits maté-

riels appelés *indices*, qui révèlent ce qui s'est passé par les traces qui en sont restées. C'est ainsi qu'on réussit souvent à établir la culpabilité d'un malfaiteur, quoique son crime n'ait pas eu de témoins et qu'il persiste à nier.

Habituellement, on appelle ce genre de preuve « preuve par présomptions ». A vrai dire la présomption n'est que le raisonnement à l'aide duquel on démontre l'existence du fait inconnu et contesté à l'aide des traces matérielles qu'il a laissées ; c'est la mise en valeur de la preuve, et la preuve véritable réside uniquement dans les indices ou faits matériels dont on se sert. Aussi emploie-t-on également l'expression « preuve par indices ».

352. Distinction des preuves orales et des preuves écrites. — Lorsque la preuve consiste dans une déclaration faite par une personne, elle peut revêtir deux formes différentes : être *orale* ou *écrite*. Ainsi le témoignage peut se traduire oralement et c'est même sa forme ordinaire ; il existe une procédure spéciale, l'*enquête*, destinée à recevoir les déclarations des témoins ; mais une grande quantité de témoignages sont donnés sous la forme écrite. Ainsi l'acte de naissance d'une personne fait preuve parce qu'il contient par écri les déclarations des témoins de l'accouchement, c'est un *témoignage écrit*. De même l'aveu d'une personne est donné sous la forme orale ; ce sont des paroles prononcées devant le juge ; mais lorsque le débiteur fournit d'avance un écrit portant reconnaissance de sa dette, comme le *billet* qui constate un emprunt, ce qu'il donne ainsi à son créancier est un *aveu écrit;* de même encore, le *reçu* que remet au débiteur le créancier payé, est un *aveu de paiement*, et c'est un aveu écrit. Seul le serment est toujours fourni dans la forme orale.

353. Des preuves préconstituées. — Le plus souvent on se préoccupe de rassembler les preuves d'un fait même avant qu'il soit contesté. Ainsi, aussitôt qu'un contrat est conclu, on dresse un écrit pour le constater. C'est ce qu'on appelle une « preuve préconstituée », parce qu'elle est établie avant toute contestation, en prévision de l'avenir, et à un moment où personne encore ne songe à mettre en doute soit l'existence, soit les clauses du contrat. Il en est de même des actes de l'état civil, dressés pour constater la naissance et la mort des personnes.

Quand on ne s'est pas prémuni d'une preuve écrite, ou quand celle dont on s'était pourvu a été perdue, il faut alors recourir à d'autres moyens de preuve, plus difficiles et que la loi n'autorise pas toujours.

***354. Écrits destinés à servir de preuves.** — Les écrits dressés en vue d'être utilisés comme preuves sont de deux sortes : les *actes sous seings privés* et les *actes authentiques* ou *actes publics*. Les premiers sont ceux que les parties dressent elles-mêmes, en leur propre et privé nom ; les seconds sont ceux qui sont *dressés par un officier public dans l'exercice de ses fonctions*. Exemples principaux d'actes authentiques : les actes notariés ; les actes de l'état civil ; les jugements transcrits sur ses registres par le greffier d'un tribunal ou d'une cour ; les procès-verbaux d'un officier de police ; les actes administratifs. Sur ces derniers, voyez Brémond, *Revue critique*, 1898, t. XXVII, p. 401 ; Berthélemy, *Traité élémentaire*, 7e édit., p. 94.

Ces écrits portent indistinctement le nom d'*actes* ou de *titres* (art. 1282 à 1284, 1415, 1504 al. 2, art. 1317 et suiv. et la rubrique qui précède l'art. 1317). Notre ancienne langue avait le mot *instrument* qui nous a laissé le verbe *instrumenter*.

***355. Force probante de l'acte authentique.** — L'acte authentique a, comme moyen de preuve, une double supériorité sur l'acte privé :

1° *Il fait foi par lui-même de sa provenance.* — Il se présente accompagné de signes extérieurs, cachets, timbres, signatures, difficiles à imiter. La provenance n'en peut pas être suspectée dans l'immense majorité des cas. Au contraire rien ne garantit qu'un acte sous seing privé soit réellement l'œuvre de la personne dont il porte en apparence la signature ; il est infiniment plus facile de fabriquer un faux billet ou un faux testament olographe qu'un faux acte notarié ou un faux jugement. Aussi celui à qui on oppose un acte sous seing privé, s'il conçoit des doutes, n'est pas obligé de s'incliner devant la preuve fournie ; il peut *dénier* la signature, si c'est à lui-même qu'elle est attribuée, ou *ne pas reconnaître* l'écriture, si l'acte émane d'une tierce personne (art. 195, C. proc. civ.). C'est alors à celui qui veut se servir de l'écrit comme preuve à en établir la sincérité au moyen d'une procédure spéciale, appelée

vérification d'écriture (art. 193 à 213 C. proc. civ.). Rien de pareil n'est possible contre un acte authentique ; foi lui est due jusqu'à preuve contraire.

2° *Sa force probante est plus grande.* On peut combattre un écrit ordinaire par tous les moyens de preuves possibles, quand on prétend qu'il est faux. Il y a deux allégations contradictoires, celle de l'écrit et celle de la personne qui prétend que cet écrit est faux ; toutes deux émanent de simples particuliers ; la loi n'a pas de raisons d'accorder plus de poids à la parole de l'un qu'à la parole de l'autre. Tout dépendra donc de la sincérité et de la valeur propre des allégations qui seront présentées.

Mais quand l'écrit attaqué est un acte authentique, la loi admet difficilement la possibilité d'un faux. L'officier qui l'a dressé offre des garanties de sincérité supérieures à celles d'un particulier, soit à cause des conditions de recrutement auxquelles il a été soumis, soit à cause de la peine redoutable (les travaux forcés à perpétuité) qu'il encourt quand il commet un faux. Ses affirmations, contenues dans l'acte dressé par lui, ont donc un grand poids, et la loi, non seulement les tient pour vraies jusqu'à preuve contraire, mais même elle n'autorise la preuve de leur fausseté que par une procédure spéciale, qui est exceptionnellement longue, difficile et périlleuse, l'*inscription de faux.* Tout ceci sera expliqué plus longuement dans le t. II.

Naturellement cette force probante exceptionnelle de l'acte authentique n'appartient qu'aux *énonciations qui proviennent de l'officier public lui-même, aux faits qu'il déclare avoir vus et entendus.* Quant aux *déclarations faites à l'officier public par des particuliers*, dont le rédacteur de l'acte s'est borné à rapporter les dires, *leur sincérité peut être contestée sans recourir à la procédure de l'inscription de faux.* Voyez l'application de cette distinction aux actes de l'état civil (ci-dessous, n° 518).

***356. Date des actes sous seings privés.** — Un acte authentique fait foi de sa date par lui-même. La date du jour où l'acte est passé est un de ces faits que l'officier rédacteur doit vérifier par lui-même ; la loi a donc pleine confiance dans la date qu'il porte, et la fausseté n'en peut être démontrée que par l'inscription de faux.

Il n'en est pas de même des actes privés. Les particuliers qui les rédigent ont trop souvent intérêt à leur donner une fausse date (*antidate* ou *postdate*), et le fait lui-même est fréquent. Rien ne garantit donc la sincérité de la date d'un acte privé. Aussi la loi n'y ajoute-t-elle en principe aucune foi. Un acte sous seings privés n'a pas par lui-même de *date certaine*, ou du moins sa date n'est tenue pour vraie qu'à l'égard des parties et non à l'égard des tiers (art. 1328). Mais la loi met à la disposition des parties un moyen de communiquer à leurs actes cette certitude de date qui leur manque : c'est la formalité de l'*enregistrement*, mention sommaire de l'acte sur des registres publics, tenus en vertu de la loi du 22 frimaire an VII. Quand un acte privé a été enregistré, il *acquiert date certaine du jour de son enregistrement* (art. 1328).

Dans la pratique, on se dispense souvent de faire enregistrer les actes parce que cette formalité, peu coûteuse par elle-même, permet à la régie de percevoir les droits établis à titre d'impôts sur l'opération constatée par l'acte, et ces droits sont souvent fort élevés. Beaucoup d'actes sous seings privés restent donc sans être enregistrés, c'est-à-dire sans date certaine. La certitude de la date peut cependant leur être acquise dans deux cas :

1° *Quand ils ont été relatés dans un acte authentique*, par exemple dans un inventaire dressé par un notaire ;

2° *Quand un de leurs signataires vient à mourir.* On est sûr alors que l'acte n'est pas postérieur au jour de sa mort.

Mais, dans ces deux cas, la date de l'acte ne devient certaine que du jour de l'acte authentique qui en fait mention ou du jour de la mort d'un des signataires (art. 1328).

§ 2. — *De la production des preuves.*

***357. Du fardeau de la preuve.** — Il est très intéressant de savoir lequel des deux adversaires est tenu de faire la preuve, parce que cette preuve est ordinairement difficile

à fournir ; beaucoup de plaideurs y succombent, bien qu'ayant au fond le droit pour eux, tandis que leur adversaire, n'ayant rien à prouver, gagne son procès uniquement parce que la preuve n'était pas à sa charge.

Pour déterminer qui aura la charge de la preuve, on suit de très anciennes règles qui sont toujours vraies. En principe, celui qui allègue un fait pour en tirer une conclusion en sa faveur et contraire à la situation de l'adversaire est tenu de prouver la vérité de ce fait. En première ligne, c'est donc le demandeur qui doit prouver sa prétention. Tel est le sens de l'adage : « Onus probandi incumbit actori. » Quand cette preuve est faite, le juge doit donner gain de cause au demandeur, à moins que le défendeur n'ait à faire valoir une *exception* ou *moyen de défense*, auquel cas celui-ci doit à son tour en établir le bien-fondé. La charge de la preuve passe alors au défendeur en ce qui concerne le moyen allégué par lui, ce qu'on exprime en disant : « Reus in exceptione fit actor. »

Il se peut qu'à son tour le demandeur ait un moyen qui ruine la défense invoquée contre lui ; c'est ce qu'on nomme une *réplique*. La preuve lui en incombe à nouveau, et le fardeau de la preuve se renvoie ainsi de l'un à l'autre indéfiniment, tant que durent leurs réponses réciproques. Pour exprimer ce résultat, qui n'est que l'application directe de la règle posée plus haut, on généralise souvent l'ancien adage, en disant : « Onus probandi incumbit ei qui *dicit;* » il devient ainsi applicable, à tour de rôle, à chacune des deux parties, mais il n'est pas encore complet ; il faut y sous-entendre que ce qui a besoin d'être prouvé est une affirmation *contraire à la situation déjà acquise de l'adversaire.*

***358. Des présomptions légales.** — Il arrive souvent que la loi renverse l'ordre naturel et dispense de toute preuve un plaideur qui se trouve dans une situation déterminée. En pareil cas, ce plaideur n'a rien à prouver, si ce n'est qu'il est bien dans le cas prévu par la loi, et ordinairement cela résulte de faits et de circonstances qui ne sont pas contestés. On dit alors qu'il existe une « présomption légale » en faveur de ce plaideur. Par exemple, quand une personne est incapable de recevoir une donation, on pourrait être tenté de la lui faire parvenir d'une manière frauduleuse, au moyen d'une personne interposée qui serait choisie comme donataire apparent, telle que son père, son enfant ou son conjoint. La loi déjoue cette fraude en présumant l'interposition de personne quand la donation est adressée à l'un des proches de l'incapable (art. 911) ; par suite, ceux qui attaqueront la donation n'auront pas à démontrer que l'incapable en est le véritable bénéficiaire ; leur preuve est, pour ainsi dire, toute faite d'avance.

La véritable nature des présomptions légales est généralement méconnue : on les rapproche des présomptions ordinaires, dont il a été parlé ci-dessus au nº 351-3º, et on voit en elles des *modes de preuves*. C'est ce qu'a fait le Code Napoléon, qui traite des présomptions légales dans les art. 1350 à 1352, entre la preuve par témoins et la preuve par indices. — Ce point de vue est complètement erroné. La présomption légale n'est pas un mode de preuve, c'est une *dispense de preuve*. La loi intervient, par une sorte de partialité plus ou moins justifiée, pour intervertir les rôles dans le procès qui s'engage ; elle *déplace le fardeau de la preuve.* Le plus souvent elle décide ainsi parce que le fait qu'il s'agit de prouver est tout à la fois conforme à la situation normale et difficile à établir d'une façon directe pour chaque cas déterminé. En voici un exemple caractéristique. La loi présume que l'enfant né d'une femme mariée pendant le mariage a pour père le mari. Cela veut dire que l'enfant n'a à prouver que deux choses : 1º que sa mère était mariée ; 2º que sa naissance ou sa conception a eu lieu pendant le mariage ; il n'a pas besoin d'établir qu'il a pour père le mari de sa mère. C'est à celui qui prétend qu'il est adultérin à le démontrer. L'enfant d'une femme mariée bénéficie d'une présomption légale, puisqu'il n'a pas à prouver un des faits qu'il allègue ; il est dispensé de cette preuve et considéré comme légitime jusqu'à preuve contraire. Tel est le véritable rôle des présomptions légales. Il est, du reste, clairement avoué dans l'art. 1352, al. 1 : « La présomption légale *dispense de toute preuve* celui au profit duquel elle existe. »

***359. Force variable des présomptions légales.** — Les présomptions légales n'ont pas toujours la même force. D'ordinaire la loi, en dispensant un des plaideurs du fardeau de la preuve, laisse à son adversaire le droit de rétablir la vérité : la loi a présumé quelque chose

en se fondant sur les cas ordinaires, mais elle peut se tromper et elle le prévoit ; elle laisse alors à l'autre plaideur le droit de détruire sa présomption. Ainsi la loi présume que l'enfant né d'une femme mariée pendant le mariage a pour père le mari, ce qui n'empêche pas que parfois le mari réussit à faire tomber cette présomption de paternité en établissant qu'il n'est pas le père de l'enfant. On dit alors que la présomption légale *souffre la preuve contraire.*

Mais la loi ne se borne pas toujours à cela. La présomption légale s'accompagne quelquefois d'une *interdiction de preuve* adressée à l'adversaire, c'est-à-dire que celui contre lequel s'élève la présomption de la loi n'a pas le droit de la détruire, en démontrant qu'en fait elle est fausse dans le cas particulier où il se trouve. On dit alors que la présomption légale est *irréfragable.* Celui qui en bénéficie n'est pas seulement dispensé de la charge de la preuve, il est sûr de vaincre puisque la preuve contraire n'est pas permise.

On doit bien se convaincre que cet effet particulier n'est pas produit par la présomption légale, laquelle n'a qu'un résultat : le déplacement du fardeau de la preuve ; il vient d'une autre décision exceptionnelle qui accompagne la présomption et qui consiste à supprimer le droit qu'a, en général, un plaideur de prouver ce qu'il allègue : il y a donc à la fois une *dispense de preuve* établie au profit de l'un et une *interdiction de la preuve* établie contre l'autre.

****360. Rareté des présomptions légales irréfragables.** — Les présomptions de la loi qui ne souffrent pas la preuve contraire sont rares ; on les reconnaît à cette circonstance que, sur leur fondement, la loi *refuse une action en justice* ou *annule un acte* (art. 1352).

§ 3. — *Autorité de la chose jugée.*

361. Notion sommaire. — Pour éviter que la même question ne devienne l'objet de procès indéfiniment renouvelés, on a établi comme une règle absolue que ce qui a été jugé une première fois ne peut pas être remis en question devant la justice : « Res judicata pro veritate habetur. » La loi tient pour vrai ce qui a été décidé par jugement ; cette autorité particulière qui s'attache à la chose jugée est donc l'effet d'une présomption légale et c'est pour cela que le Code civil s'en occupe dans l'art. 1351, à propos des présomptions. Il résulte de cette présomption une *exception* spéciale, l'*exceptio rei judicatæ* des Romains, qui empêche tout renouvellement de l'action.

Mais cette vérité de la chose jugée est purement *relative*, en ce sens que l'exception de chose jugée ne peut être opposée qu'à ceux qui ont été *parties* au premier procès ; à l'égard de toutes autres personnes, la liberté de débattre le point jugé reste entière : *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest.* Seulement les conditions qui déterminent ainsi l'autorité relative des jugements demanderaient à être étudiées avec détail ; elles le seront dans le tome II, au nº 54 *bis.* Je me borne pour le moment à les énumérer : il faut qu'il y ait : *identité d'objet* et *identité de personnes* ; on ajoute, comme troisième condition l'*identité de cause*, qui ne me paraît pas utile (voyez t. II, nº 54 *bis*-6º). Hors de là l'exception de chose jugée n'est pas opposable à l'action nouvelle. Du reste, cette matière appartient beaucoup plus à la procédure qu'au droit civil.

DEUXIÈME PARTIE

LES PERSONNES

GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

DE LA PERSONNALITÉ

§ 1. — *Notion générale.*

****362. Définition et étymologie.** — On appelle « personnes » les *êtres capables d'avoir des droits et des obligations.*

Le mot « personne » est une métaphore empruntée par les anciens à la langue du théâtre. *Persona* désignait en latin le masque qui couvrait la figure de l'acteur et qui portait une bouche ouverte munie de lamelles métalliques destinées à grossir la voix ; *persona* se rattache donc au même radical que *personare*. Comme il y avait des types invariables pour chaque rôle, on devinait le personnage en voyant le masque. *Persona* servit ainsi à désigner ce que nous appelons un *rôle*, et le mot passa dans la langue usuelle.

****363. Distinction de deux espèces de personnes.** — Dans la doctrine courante, on reconnaît deux catégories de personnes, les unes *réelles*, qui sont des êtres vivants ; les autres *fictives*, qui n'ont qu'une existence imaginaire. Sur ces dernières, voyez ci-dessous, n°s 3007 et suiv.

***364. Quelles sont les personnes réelles.** — Tout être humain est une personne, ce qui n'est vrai que depuis la suppression de l'esclavage (1).

Mais les individus de l'espèce humaine sont seuls des personnes ; les animaux n'en sont pas (2).

(1) L'esclavage antique faisait de l'homme une chose susceptible de propriété, comme un cheval ou une machine. Il en était à peu près de même de l'esclavage des *noirs*, qui a duré dans les colonies françaises jusqu'en 1848 (le décret d'affranchissement est du 27 avril) et qui, malgré les efforts des puissances européennes, n'est pas encore aboli partout. Tout acte de participation à la traite des noirs est rangé au nombre des crimes par la loi du 4 mars 1831 et puni des travaux forcés (Cass., 5 janv. et 6 avril 1905, D. 1905. 1. 82 et 208).

(2) La philosophie, en considération de la sensibilité et de la conscience dont ils sont doués, défend à l'homme de faire souffrir inutilement les animaux, et cette idée n'est pas restée à l'état de pure spéculation, puisqu'une loi du 2 juillet 1850, dite *Loi Grammont*,

365. Principaux attributs de la personnalité. — Les personnes ont *un nom*, qui sert à les distinguer les unes des autres ; un *état juridique*, qui se compose de qualités multiples d'où dépend leur *capacité*, et qu'il importe de constater par des modes spéciaux ; elles seules peuvent avoir un *patrimoine* et un *domicile;* toutes choses qui seront expliquées plus loin, en autant de chapitres distincts. — Sur l'ensemble des droits rattachés à l'idée de personnalité, voir E.-H. PERREAU, *Revue trimestrielle*, 1909.

§ 2. — *Commencement de la personnalité.*

366. Point de départ ordinaire. — La personnalité humaine commence à la *naissance.* Jusqu'à ce moment, l'enfant n'a pas de vie distincte ; il est, comme disaient les Romains, « pars viscerum matris ».

****367. Personnalité antérieure à la naissance.** — Par dérogation à la règle, l'enfant *non encore né* est déjà *capable d'acquérir des droits* depuis l'époque de sa conception. On le considère par anticipation comme figurant déjà au nombre des personnes. Ainsi que le disait Julien : « Qui in utero sunt intelliguntur in rerum natura esse » (*Dig.*, liv. I, tit. 5, fr. 26). De là l'ancien adage : « Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur. » Plusieurs Codes étrangers contiennent en ce sens une disposition générale. Le Code français se borne à faire l'application de la règle aux successions (art. 725) et aux donations et legs (art. 906). Cette personnalité anticipée reconnue à l'enfant peut encore produire des effets utiles lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'une nationalité nouvelle, ou d'une reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité naturelles. Mais elle n'est jamais admise que dans l'*intérêt de l'enfant*, « quoties de commodis ipsius partus agitur » (PAUL, au *Digeste*, liv. I, tit. 5, fr. 7).

368. Conditions. — Pour que la personnalité de l'enfant conçu soit reconnue après sa naissance, il faut deux conditions : il doit naître *vivant* et *viable.*

1° *L'enfant doit naître vivant.* — Par suite l'enfant *mort-né* ne compte pas comme une personne, quoique la mort ait pu survenir seulement pendant l'accouchement et qu'il ait vécu de la vie intra-utérine, pendant toute la durée d'une grossesse normale.

du nom du ministre qui l'a proposée, punit d'une amende de 5 à 15 francs les mauvais traitements exercés contre un animal domestique, même par son propriétaire ; mais cette obligation imposée aux hommes n'implique pas l'idée d'un droit pour l'animal : elle est fondée sur un motif d'utilité humaine et sur le désir d'adoucir les mœurs en empêchant des brutalités inutiles. M. Paul Janet, après avoir reconnu ce devoir spécial, dit cependant que les animaux constituent en face de l'homme, quoique dans une région inférieure, des *demi-personnes*, munies de *demi-droits* (*La Morale*, II, 5). Comp. ED. ENGELHARDT, *De l'animalité et de son droit*, 1900, et *Revue de droit public*, 1898, t. IX, p. 456. Il ne suffit pas d'avoir des droits pour être une personne, il faut encore être capable d'obligations : or il est impossible d'imposer des *devoirs* à l'animal. Comparez ROGUIN, *La règle de droit*, nos 218 et 219, et BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, nos 41 et suiv. et p. 199-275.

2° *L'enfant doit naître viable* (art. 314-3°; art. 725-2°; art. 906, al. dernier). — « Viable » veut dire capable de vivre, *vitæ habilis*. Ainsi il n'y a pas à tenir compte des deux catégories suivantes : *a*) Enfants normalement conformés, qui naissent avant terme, à une époque où le développement de leurs organes n'est pas assez avancé pour leur permettre de vivre; *b*) Enfants monstrueux, comme les acardiens, les acéphales et autres, chez lesquels la vie s'arrête dès que le cordon ombilical est coupé.

369. Contestations et preuves. — Quand un enfant meurt peu de temps après sa naissance, la question de savoir s'il était né vivant et viable peut soulever des difficultés. Elle se dédouble en deux questions distinctes :

1° *L'enfant a-t-il vécu?* — On le considère comme ayant vécu par cela seul qu'il a respiré, ne fût-ce que quelques instants.

Ce point n'a guère d'importance en droit civil, car s'il est constaté en fait que l'enfant n'était pas viable, il ne sera pas tenu compte de sa naissance; il n'aura pas été une personne aux yeux de la loi. Ce même point a, au contraire, une grande importance en droit criminel. La mère accusée d'infanticide, en présence d'un cadavre d'enfant bien conformé et à terme, prétend souvent pour sa défense qu'il est venu au monde mort. La vérification de son dire se fait aisément par l'autopsie : on plonge les poumons de l'enfant dans un vase rempli d'eau : s'ils surnagent, c'est que l'enfant a respiré; si l'air n'y a pas pénétré, ils descendent dans le fond du vase.

2° *L'enfant était-il viable?* — Cette question soulève parfois des procès en matière civile. Pour les voir naître, il suffit de supposer que pendant la courte existence de cet enfant (qui comprend principalement la durée de la grossesse) une succession s'est ouverte dans la famille et que l'enfant se trouvait en rang utile pour succéder au défunt : il faut bien alors trancher la question de viabilité. En effet, si l'enfant doit être considéré comme une personne, il aura recueilli cette succession en tout ou en partie, et, en mourant à son tour, il l'a transmise à ses propres héritiers, de sorte que sa présence peut déranger du tout au tout l'attribution de l'hérédité : elle ira finalement soit aux héritiers de l'enfant, soit aux héritiers du défunt *autres que l'enfant*, selon les cas.

370. Disposition des Codes étrangers. — Certains Codes étrangers ont pris des mesures pour diminuer les contestations sur ces différents points. Le *Code civil allemand* exige seulement que l'enfant ait vécu (art. 1er). En *Italie* on a décidé que, dans le doute, l'enfant né vivant serait *réputé viable* (art. 725). En *Espagne*, il faut qu'il ait figure humaine et vive vingt-quatre heures complètement séparé de sa mère (art. 30).

§ 3. — *Fin de la personnalité.*

A. — Mort naturelle.

371. Ancienne fiction romaine. — La personnalité se perd avec la vie. Les morts ne sont plus des personnes; ils ne sont plus rien.

Le droit romain avait cependant admis que la personne décédée serait traitée fictivement comme survivante jusqu'à l'acceptation de sa succession par ses héritiers, fiction qui s'ex-

primait ainsi : « Hereditas personam defuncti sustinet. » On voulait par là éviter la *jacence* de l'hérédité, qui créait une sorte d'interrègne dans la propriété. Nous atteignons aujourd'hui le même but d'une autre façon, en considérant comme *rétroactive* l'acceptation faite par l'héritier. Ce n'est donc pas la propriété du mort qui se prolonge au delà de son décès : c'est celle de l'héritier qui remonte dans le passé.

B. — Mort civile.

***372. Hypothèses où elle avait lieu.** — La mort naturelle seule met fin à la personnalité, mais cette idée est toute récente dans l'histoire du droit. Dans l'antiquité *celui qui tombait dans l'esclavage* cessait d'être une personne : « Servi nullum caput habent. » Dans notre ancien droit *les personnes qui entraient en religion* étaient considérées comme mortes pour le monde, et le droit les traitait comme telles : la profession religieuse leur faisait perdre la vie civile. Enfin, il en a été de même jusqu'au milieu du XIXe siècle pour *trois catégories de condamnés*, que la loi frappait de *mort civile*. C'étaient les condamnés à mort, les condamnés aux travaux forcés à perpétuité et les déportés. La mort civile était une fiction en vertu de laquelle le condamné, quoique encore vivant, était réputé mort aux yeux de la loi. On avait cherché à égaler la fiction à la réalité, mais par la force des choses l'assimilation n'avait pu être complète. Le mort civilement vivait toujours, et par cela seul, à moins de vouloir le faire mourir de faim, on était bien obligé de lui reconnaître certains droits.

373. Effets de la mort civile. — Les conséquences de la mort civile étaient énumérées dans l'art. 25 du Code Napoléon. Voici les principales :

1° Ouverture de la succession. — Le condamné étant considéré comme mort, sa succession s'ouvrait ; ses biens lui étaient enlevés pour être attribués à ses enfants. Par une sévérité supplémentaire, son *testament* antérieur, quoique fait en temps de capacité, était *annulé*, de sorte que c'était toujours la succession *ab intestat* qui s'ouvrait.

2° Dissolution du mariage. — Le condamné étant réputé mort, son mariage était dissous ; son conjoint, devenu libre, était considéré comme veuf et pouvait se remarier avec une autre personne. S'il continuait à vivre en fait avec le mort civil, il y avait concubinage et non plus mariage, et les enfants qui en naissaient étaient illégitimes.

3° Perte des droits politiques et civiques. — Elle était complète, bien que l'art. 25 n'en parlât pas. Le mort civil ne pouvait plus être ni électeur, ni candidat, ni fonctionnaire, ni juré, ni témoin, ni expert.

4° Perte des droits civils. — Ceux-ci n'étaient perdus qu'en partie ; c'est ici qu'on avait dû s'arrêter dans l'assimilation du condamné à un mort. Étaient perdus : le droit de se marier ; le droit d'agir en justice ; la puissance paternelle ; le droit d'être tuteur ; le droit de faire ou de recevoir des libéralités, soit par donation, soit par legs ; le droit de recueillir une succession ; le droit de laisser une succession. Était seul conservé le droit de passer des contrats à titre onéreux, ce qui permettait au mort civil de gagner de l'argent en travaillant, d'acheter, de vendre, de devenir créancier ou débiteur. Seulement quand il avait un procès, il ne pouvait plaider que par l'intermédiaire d'un curateur spécial qui lui était nommé par le tribunal, et quand il mourait les biens qu'il avait pu acquérir depuis sa mort civile faisaient retour à l'État par droit de déshérence.

***374. Abolition de la mort civile.** — La mort civile était très critiquée. On lui reprochait surtout de frapper des innocents, la femme, les enfants, en même temps que le coupable, et cela de bien des façons. Elle aboutissait souvent à priver les enfants des successions que leur père aurait recueillies et qui leur seraient arrivées plus tard par son intermédiaire. En s'emparant des biens que le condamné laissait à son décès, l'État pratiquait une véritable confiscation. En ouvrant immédiatement la succession, il faisait profiter ses parents d'un crime, ce qui n'était pas très moral.

En *Belgique*, la mort civile avait été abolie dès 1831. On a même inscrit sa suppression dans la Constitution (art. 13), qui défend de la rétablir à l'avenir. En *France*, une loi du 8 juin 1850 la supprima pour les condamnés politiques à la déportation. La loi du 31 mai 1854

la supprima définitivement pour les condamnés à la peine de mort ou des travaux forcés à perpétuité : « La mort civile est abolie » (art. 1er).

Les condamnés aux peines perpétuelles ne sont donc plus en état de mort civile. Toutefois, la loi de 1854 a conservé un débris de l'institution qu'elle supprimait. Si on s'en était tenu au droit commun, ces condamnés se seraient trouvés simplement frappés de deux déchéances, qui atteignent même les condamnés à des peines criminelles temporaires, savoir : la *dégradation civique* (dans tous les cas) et l'*interdiction légale* (quand la condamnation est contradictoire). On a pensé que ce ne serait pas assez et qu'il fallait faire une différence entre les diverses catégories de condamnés, selon que leur peine est temporaire ou perpétuelle, et on a frappé les condamnés aux peines perpétuelles d'une *double incapacité supplémentaire* (L. 31 mai 1854, art. 3, en note sous l'art. 22 C. civil, dans Tripier). Il leur est interdit : 1° de *faire* des libéralités, par donation entre vifs ou par testament ; 2° de *recevoir* aux mêmes titres, si ce n'est pour cause d'aliments. Sur leur situation à cet égard, voyez le t. III.

CHAPITRE II

DU NOM DES PERSONNES

375. Bibliographie. — La Roque, *Traité de l'origine des noms et surnoms*, Paris, 1681, in-12 ; réimprimé dans le *Traité de la noblesse*, du même, Rouen, in-4°. — Eusèbe de Salverte, *Essai historique et philosophique sur les noms d'hommes, de peuples et de lieux*, Paris, 1824, 2 vol. — Tournade, *Étude sur le nom de famille et les titres de noblesse*, 1882. — J.-A. Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, 1890. — Saleilles, *Le droit au nom individuel dans le Code civil allemand* (*Revue critique*, 1900, t. XXIX, p. 94). — E.-H. Perreau, *Le droit au nom en matière civile*, Paris, 1910, 1 vol. in-8°. — Philippe Sudre, *Le droit au nom*, thèse, Paris, 1903. — Pierre Blondel, *Étude juridique sur le nom patronymique*, thèse, Paris, 1905.

§ 1. — *Aperçu historique.*

376. Antiquité. — Le nom, chez les peuples primitifs, est *unique* et *individuel;* chaque personne n'en porte qu'un et elle ne le transmet pas à ses descendants. Cet usage a survécu longtemps chez quelques peuples, notamment chez les Grecs et les Hébreux. Les Romains possédaient au contraire un système de noms savamment organisé, trop compliqué pour être exposé ici (voir Henri Michel, *Le droit de cité romaine* ; Marquardt et Mommsen, *Manuel des antiquités romaines*, t. XIV, p. 9-33). Ses éléments étaient le *nomen* ou *gentilitium*, porté par tous les membres de la famille (*gens*), et le *prænomen*, ou prénom, propre à chaque individu. Comme les prénoms masculins étaient peu nombreux, on sentit le besoin d'ajouter au nom un troisième élément, le *cognomen*, beaucoup plus varié dans son choix. Ce système avait le double avantage d'éviter toute confusion et d'indiquer par le seul énoncé du nom la filiation de l'individu. Les prénoms féminins n'étant pas limités en nombre, les noms de femmes ne se composaient ordinairement que de deux éléments ; le *cognomen* manquait.

Personnel au début, le *cognomen* finit par devenir héréditaire, et servit à distinguer les différentes branches d'une même *gens*. Du reste, le triple nom des hommes n'était porté que dans la noblesse et par les premières familles des municipes. Les personnes d'humble condition avaient un nom unique ou composé de deux éléments au plus.

377. Unité du nom au moyen âge. — Le système romain s'était introduit en Gaule

sous la domination impériale ; mais l'usage des noms individuels y reparut après la conquête franque et s'y perpétua longtemps. Le seul changement qu'on remarque en France dans la première moitié du moyen âge est la disparition lente des noms barbares qui cédèrent la place aux noms des saints du calendrier chrétien.

378. Réapparition des noms doubles. — Il fallait cependant éviter des confusions entre gens portant le même nom. On employa deux procédés différents. Le plus ancien paraît être celui des *surnoms* comme *Pépin le Vieux*, *Robert le Fort*, *Hugues Capet*, *Guillaume Tête d'étoupes*. D'autres fois on ajoutait au nom de l'individu le nom de son père au génitif. Jusque dans le XIVe siècle on trouve des gens désignés de cette sorte, comme les jurisconsultes *Joannes Rolandi*, *Petrus Jacobi*.

379. Reconstitution du nom de famille. — Les noms étaient ainsi devenus doubles, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour rendre l'un d'eux *héréditaire*, de façon à reconstituer l'ancienne distinction romaine du *nomen* (nom de famille) et du *prænomen* (nom individuel). L'hérédité des noms recommence au XIIe siècle. La plupart de ces noms nouveaux sont des *sobriquets* tirés de la *profession* (Lefèvre, Charron, Cordier, Molinier, Tisserand...) ; d'une *qualité* physique ou morale (Lefort, Gros, Lenain, Camus, Leborgne, Leroux, Legris...) ; du *pays d'origine* (Lenormand, Picard, Dumaine, Breton, Langlois, Lallemand...) ; du *lieu d'habitation* (Dumont, Dupuy, Dupont, Lacaze, Grandmaison...) ; des *fonctions* (Labbé, Sergent, Prévot, Le Sénéchal, Bailly, Chapelain...) ou de mille autres circonstances. Beaucoup étaient de pure fantaisie (Lelièvre, Lebœuf, Mouton, Papillon, Persil, Olivier, Rameau...). — Les nobles portaient presque tous le nom de leur *seigneurie* : Jacques de Bourbon, Simon de Montfort, Jean d'Armagnac... Enfin l'habitude familière de désigner quelqu'un par son prénom fit que beaucoup de *prénoms* devinrent des noms de famille.

380. Législation ancienne. — Pendant longtemps le nom resta en dehors du domaine du droit, à l'état de simple usage non réglé. Les changements de nom étaient fréquents, surtout de la part des roturiers enrichis qui voulaient effacer toute trace de leur origine. Comme les fiefs étaient ordinairement aux mains des nobles et que ceux-ci en portaient le nom, le moyen était tout indiqué : c'était d'acquérir une terre et d'en substituer le nom à son nom de famille. Une ordonnance, rendue à Amboise le 26 mars 1555 par Henri II, défendit à toutes personnes de changer de nom sans avoir obtenu des lettres du Roi, à peine de mille livres d'amende et d'être punies comme faussaires. La même prohibition fut répétée par l'art. 211 de l'ordonnance 1629, dite *Code Michaud*, mais pas plus sous l'ancien régime que de nos jours, on ne parvint à maintenir la *fixité du nom* contre les manœuvres des vaniteux.

381. Éléments actuels du nom. — Les éléments constitutifs de la désignation légale des personnes sont actuellement au nombre de deux seulement ; le *nom* proprement dit ou *nom patronymique* et les *prénoms*. Mais il y a lieu de dire aussi quelques mots des *sobriquets*, des *pseudonymes*, des *titres de noblesse* et de la *particule*.

§ 2. — *Du nom patronymique.*

***382. Définition.** — Le nom n'appartient pas en propre à une personne déterminée ; il est commun à tous les membres de la famille qui descendent par les mâles du même auteur. C'est l'élément *héréditaire* du nom, celui qui indique la filiation : aussi l'appelle-t-on « *nom patronymique* » ou « *nom de famille* ». Il correspond au « gentilitium » romain.

A. — Détermination du nom des personnes.

383. Enfants légitimes. — Les enfants légitimes prennent le nom de leur

père. Tel est l'usage, et l'art. 57 C. civ. s'y réfère tacitement, quand il veut qu'on inscrive seulement dans les actes de naissance les prénoms donnés à l'enfant : les rédacteurs de la loi supposent donc qu'il ne peut pas y avoir d'hésitation sur le nom qu'il doit porter.

***384. Enfants naturels.** — Depuis la loi du 2 juillet 1907, modifiant l'art. 383, l'enfant naturel prend le nom de celui de ses deux parents qui le reconnaît le premier (Dijon, 6 juin 1911, P. et S. 1912. 2. 137). Si les deux parents le reconnaissent en même temps, il prend le nom du père. — Pour l'époque antérieure à 1907, voyez trib. de Mascara, 10 mai 1906, D. 1906. 2. 244, S. 1907. 2. 82. — Comp. Cass., 7 déc. 1909, P .et S. 1912. 1. 245.

385. Enfants trouvés. — Le nom de leurs parents étant inconnu, on leur en donne un qui est choisi soit par l'officier de l'état civil, si l'enfant lui est porté directement, soit par l'administration de l'hospice dans lequel il a été placé (Circul. minist., 30 janv. 1812). La circulaire recommande de ne pas donner à ces enfants le nom d'une famille existante, ni un nom ridicule ou rappelant l'irrégularité de leur origine (Trib. de Pontivy, 5 mars 1902, D. 1903. 2. 414, S. 1903. 2. 217). Le nom qui est ainsi donné n'est que *provisoire*, et si plus tard leur filiation est découverte, ils prennent le nom de leur père ou celui de la mère, d'après les règles ordinaires.

386. Nom des Israélites. — Un décret du 20 juillet 1808 a ordonné aux juifs qui n'avaient pas de nom patronymique d'en prendre un qui ne soit ni un nom de ville ni un nom de l'Ancien Testament. Les Israélites étrangers qui viennent s'établir en France sont astreints à la même formalité dans les trois mois de leur arrivée.

B. — Changement de nom.

387. Changements volontaires. — Le *changement volontaire* est illégal ; toute altération du nom, soit dans sa composition, soit dans son orthographe, est interdite (1). Cependant les changements de noms irréguliers sont fréquents. Il n'y a pas, pour les réprimer, de sanction directe. L'art. 257 C. pén., modifié en 1858, ne frappe d'une amende que ceux qui, en changeant leur nom, ont cherché à s'attribuer une distinction honorifique. La jurisprudence punit bien des peines du faux celui qui signe d'un autre nom que du sien, mais les conditions du faux sont rarement réunies. Tout cela est donc insuffisant. Le vice du système actuel se trouve dans la facilité qu'on a de donner à un enfant un nom qui n'appartient pas réellement à ses parents, et ce nom, une fois inscrit à l'état civil, devient son nom légitime. Il n'en peut plus être privé que par un jugement, qu'on se garde bien de demander. En quelques lignes un employé de mairie, qui n'a pas toujours des moyens de contrôle suffisants, transforme en un titre inattaquable le produit d'une petite supercherie.

(1) Un décret du 26 brumaire an II (26 nov. 1793) avait permis à tout citoyen de se choisir un nom à son gré au moyen d'une simple déclaration faite à la municipalité de son domicile. Une telle licence, qui facilitait toutes les fraudes, ne put être maintenue. Dès le mois d'août 1794, un nouveau décret (6 fructidor an II) vint ordonner à ceux qui avaient changé de nom de reprendre leur ancien nom.

388. Changements par décret. — Le changement de nom *régulier* doit se faire, en principe, *par voie administrative*. La procédure à suivre est régie par le titre II de la loi du 11 germinal an XI. La demande *motivée* doit être adressée au gouvernement, qui prononce « dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique », c'est-à-dire après avis du Conseil d'État. Si le changement est autorisé, il ne peut recevoir son exécution qu'un an après l'insertion du décret au *Bulletin des lois* (art. 6). Pendant ce délai les tiers peuvent présenter une requête au gouvernement pour développer leur moyen d'opposition, et le décret peut être rapporté sur leur demande ; à l'expiration du délai d'un an, il devient inattaquable.

L'effet du décret s'étend aux enfants *mineurs*. Les enfants *majeurs* en profitent-ils ou bien doivent-ils demander un décret spécial? Sur ce point il y a désaccord entre la jurisprudence civile et le Conseil d'État. Voyez trib. civ. d'Apt, 17 févr. 1897, D. 97. 2. 302 et la note.

***389. Changements par voie de conséquence.** — La modification du nom se produit quelquefois comme conséquence d'un autre fait. Elle a lieu alors sans décret, et elle est néanmoins régulière parce qu'elle a une cause légale. La loi de l'an XI fait allusion à quelques-unes des causes qui amènent ce résultat, en parlant dans son art. 9 des « questions d'état » entraînant changement de nom, qui « continueront à se débattre devant les tribunaux dans les formes ordinaires ». Il s'agit des *recherches de paternité et de maternité*, destinées à établir la véritable filiation d'une personne. Selon leur issue, ces actions entraînent ou non le changement du nom que la personne porte. Le même effet se produit, en dehors de tout procès, par la *reconnaissance d'un enfant naturel*, qui lui attribue une filiation et un nom en même temps.

Dans tous les cas, le changement suppose que le nom antérieurement porté par la personne n'était pas véritablement le sien ; une recherche en justice ou une reconnaissance volontaire lui découvre son vrai nom, tel qu'il dérive de sa filiation véritable. Il y a donc *rectification* du nom plutôt que *changement*. D'autres fois, il y a changement réel. Ainsi l'*adoption* confère à l'adopté le nom de l'adoptant (art. 347) ; il y a alors addition d'un nom nouveau au nom primitif.

C. — Du nom de la femme après le mariage.

***390. Conservation du nom patronymique de la femme.** — Contrairement à l'opinion vulgaire, le mariage ne fait pas acquérir à la femme le nom de son mari. Rien dans la loi ne suppose que le mariage entraîne le changement de nom de la femme, comme il entraîne son changement de nationalité. Il n'y a d'ailleurs aucune raison pour qu'il ait cet effet, puisque le nom indique la descendance. La femme mariée n'a donc pas d'autre nom que son nom de famille, son nom de fille, celui qu'elle tient de son père. C'est par ce nom qu'elle doit être désignée dans les actes civils et judiciaires qui la concernent, et dans la pratique la plupart des notaires et

autres rédacteurs d'actes observent cette règle ; on doit seulement faire suivre son nom de sa qualité de femme mariée et du nom de son mari.

***391. Double conséquence.** — De ce que la femme n'acquiert pas par le mariage le nom de son mari et conserve le sien, il résulte une double conséquence : 1° si le mari désavoue l'enfant de sa femme, l'*enfant désavoué* ne peut porter que le nom patronymique de sa mère ; 2° si la femme adopte un enfant sans que son mari l'adopte également, ou si l'adoption a lieu après la mort du mari, c'est le nom de la femme, et non pas celui du mari, que l'*enfant adopté* joindra au sien (art. 347). Dans ces deux cas l'enfant porterait, au contraire, le nom du mari si ce nom était devenu celui de la femme par l'effet du mariage.

***392. Usage donnant à la femme le nom de son mari.** — L'usage, devenu universel, de désigner la femme mariée par le nom de son mari ne contredit en rien ce qui vient d'être dit. Ce n'est qu'une façon abrégée et commode de désigner la femme en rappelant son mariage. Jadis on disait « la femme Moreau » : cela voulait dire « la femme de Moreau » ; le nom du mari était au génitif. La formule moderne « Madame Moreau » n'est qu'une tournure nouvelle, usitée par politesse, mais elle a le même sens, et la forme ancienne s'est conservée dans le style judiciaire : « Louise Durand, femme Moreau. » Par conséquent la formule « Madame N... » énonce que la personne dont on parle est une femme mariée, et que le nom qu'on indique est celui de son mari. Cela est si vrai que la femme mariée porte souvent, non seulement le nom patronymique, mais même le prénom purement masculin de son mari : « Madame Henri Durand, Madame Charles Moreau, etc. » C'est un procédé de désignation qui n'exerce aucune influence sur le nom patronymique de la femme mariée : il la désigne par sa qualité plutôt que par son nom.

393. Autre usage. — On ajoute parfois au nom du mari le nom de la femme et on obtient ainsi un *nom double*, qui est porté aussi bien par le mari que par la femme. Ainsi Mme Moreau-Durand est une fille de M. Durand mariée à M. Moreau. Bien entendu ce double nom n'est pas transmissible aux enfants qui prennent simplement le nom de leur père, sans quoi on arriverait en quelques générations à des kyrielles de noms interminables. Cet usage resté longtemps inaperçu du législateur a été mentionné par la loi du 6 février 1893, qui a modifié les art. 299 et 311. Comp. Paris, 21 janvier 1903, D. 1904. 2. 1, S. 1904. 2. 161 ; Rouen, 10 nov. 1909, D. 1911. 2. 164, P. et S. 1912. 2. 177.

394. Forme de la signature de la femme. — Si la femme ne perd pas, en se mariant, son nom patronymique pour prendre celui de son mari, elle acquiert cependant en vertu de l'usage susindiqué, et dans la mesure où cet usage a un sens, un véritable droit de jouissance sur le nom de son mari. Elle a *droit de s'en servir pour indiquer son état de femme mariée* Et de là une conséquence pratique importante : quand la femme signe du nom de son mari, non seulement elle ne commet pas un faux, mais même elle emploie la *forme naturelle de sa signature*. L'usage qu'elle fait du nom de son mari, loin de lui servir à cacher son état, le révèle plutôt ; il en est l'aveu.

C'est pour cela que les notaires, même après avoir désigné la femme, en tête de l'acte, par son nom patronymique propre, lui font souvent donner sa signature habituelle, qui est le

nom de son mari. Il n'y a point de contradiction entre l'intitulé de l'acte et les signatures qui le terminent. L'attribution de chaque signature à son auteur n'est pas difficile à faire ; en n'a qu'à se reporter à la désignation des parties intervenantes, qui indique cette femme comme mariée et qui donne le nom de son mari.

***395. Effet du divorce.** — Puisque le mariage ne fait pas acquérir à la femme le nom du mari, la question du nom de la femme divorcée se trouve résolue d'avance. On demande si la femme a le droit de continuer à porter le nom de son mari après le divorce? Évidemment non, puisque ce nom ne lui appartient pas, même pendant le mariage. Si on le lui donnait, c'était pour constater un fait, l'état du mariage dans lequel elle se trouvait. Ce fait ayant cessé, cette qualification ne peut plus être employée. Le mari a donc le droit de contraindre sa femme à ne plus prendre son nom : il peut pour cela s'adresser aux tribunaux et obtenir au besoin des dommages et intérêts. Ce principe a été de tout temps certain (Trib. de Lyon, 4 mars 1886, D. 89. 2. 9, P. 86. 2. 179, S. 2. 86. 119 ; Poitiers, 11 juill. 1892, D. 94. 2. 149, S. 92. 2. 284). Mais quelques tribunaux, entraînés par des circonstances de fait exceptionnelles, avaient autorisé la femme divorcée à garder le nom du mari (Trib. de Toulouse, 10 mai 1886, P. 86. 2. 221, S. 86. 2. 119. — Comp. Nîmes, 8 août 1887, D. 89. 2. 9, S. 88. 2. 19).

Pour mettre un terme aux incertitudes de la jurisprudence, une loi du 6 février 1893 a ajouté à l'art. 299 un alinéa ainsi conçu : « Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. » Désormais aucun tempérament n'est plus permis ; la loi est formelle ; les tribunaux ne pourraient pas autoriser la femme à faire encore usage du nom du mari (Trib. Seine, 19 nov. 1907, D. 1910. 2. 15) (1). Réciproquement, si le mari avait joint en fait le nom de sa femme au sien, il est obligé de le supprimer. La seule sanction possible, au cas où l'un des époux divorcés s'obstinerait à faire usage du nom de l'autre, est l'*allocation de dommages-intérêts.*

L'usage qui conserve à la *veuve* le nom du mari décédé n'est pas contraire à ce qui vient d'être dit pour le cas de divorce. Ce n'est qu'un *rappel du mariage* dissous par la mort ; c'est comme un *pieux souvenir*, qui ne s'efface que par l'effet d'un nouveau mariage.

***396. Effet de la séparation de corps.** — Le législateur de 1893 a imaginé d'attribuer un effet à la séparation de corps sur le nom de la femme, bien qu'elle ne dissolve pas le mariage, et qu'une réconciliation puisse réunir à nouveau les époux d'un jour à l'autre. D'après la loi du 6 février 1893

(1) Il est regrettable que le législateur n'ait pas fait exception au profit du *nom commercial.* Le nom commercial est une richesse, susceptible d'une vraie propriété ; il peut s'acquérir même en dehors du mariage par le simple emploi qui en est fait ; le divorce ne devrait pas en priver la femme parce que son titre d'acquisition n'est pas le mariage. Voyez la note de M. Flurer dans Dalloz, 89. 2. 9 ; voyez aussi Bordeaux, 3, déc. 1906, D. 1907. 2. 73. Il y aurait lieu de distinguer l'emploi du nom pour désigner la *maison* et les *produits*, et son emploi comme *signature* pour les *engagements personnels* de la femme : ce dernier seul devrait lui être refusé.

(art. 311 C. civ.), le changement ne s'opère pas de plein droit, par le seul effet de la séparation ; il est seulement *rendu possible;* le tribunal peut l'ordonner soit par le jugement même qui prononce la séparation, soit par un jugement ultérieur.

Relativement au nom de la femme, le texte contient une double disposition. Il y est dit qu'elle peut :

1° Être *condamnée* à ne plus faire usage du nom de son mari ;

2° *Se faire autoriser* à ne plus le porter. Cette dernière disposition était inutile : l'usage seul autorise la femme à porter le nom de son mari ; il dépend donc d'elle de s'en abstenir. Il semble que les Chambres se soient trompées sur ce point et qu'elles aient cru que le mariage attribuait légalement le nom du mari à la femme, de sorte que celle-ci avait besoin d'un jugement pour l'abandonner régulièrement.

Quant au mari, la loi prévoit le cas où il aurait joint le nom de sa femme au sien, et elle permet à la femme de demander qu'il soit interdit à son mari de continuer à porter ce nom double.

D. — Caractères du nom.

1° La question de propriété.

***397. Erreur de la doctrine commune.** — Le nom forme-t-il l'objet d'un droit de propriété? La jurisprudence admet que *le nom patronymique est la propriété de la famille qui le porte* (Cass., 16 mars 1841, D. 41. 1. 210, S. 41. 1. 532 ; Cass., 25 octobre 1911, S. 1912. 1. 95). On a quelquefois tenté de donner de cette idée une démonstration en règle, mais on n'y a jamais réussi et on n'y réussira jamais, car la doctrine de la propriété des noms est doublement fausse : elle l'est *au point de vue théorique* et *au point de vue historique.*

Le droit de propriété est l'attribution exclusive d'une chose à une personne. L'existence de ce droit suppose que la chose qui en fait l'objet est de telle nature qu'elle ne peut pas appartenir *en même temps* à plusieurs personnes, tout en profitant *pour la totalité à chacune.* C'est le cas pour la plupart des choses matérielles : la jouissance exclusive de chacune d'elles par des individus différents est la condition essentielle de leur bonne utilisation. Mais il en est autrement pour les choses immatérielles, et spécialement pour le nom. Deux personnes, et même un plus grand nombre, peuvent porter à la fois le même nom, et chacune en retirera tous les avantages et commodités que le nom est susceptible de produire. La preuve que la chose est possible c'est qu'elle est. En fait, les mêmes noms se retrouvent partout, donnés spontanément à des hommes qui n'ont rien de commun. Sans doute il serait désirable qu'il y eût assez de noms pour éviter ces répétitions, mais les langues ne sont pas assez riches pour fournir une pareille nomenclature. Les noms usuels sont peu nombreux ; les formes variables de leur orthographe font illusion sur leur nombre réel.

Au point de vue historique, l'erreur n'est pas moindre. L'origine des noms de personnes répugne invinciblement à l'idée de propriété. Tous ont été empruntés au fonds commun de la langue et de l'histoire ; ce sont des noms de qualités, de professions, de nationalités, ou bien le nom d'un personnage pieux ou célèbre, donné à un enfant pour lui procurer un patron ou un modèle : le nom n'est pas une chose appropriable.

***398. Véritable nature du nom.** — Ce serait d'ailleurs une singulière propriété que celle du nom, car il est pour la personne qui le porte bien plus une *obligation* qu'un *droit*. — Les partisans de la doctrine de la propriété des noms adressent souvent à leurs adversaires le reproche de *démolir sans réédifier*, de dire ce que le nom n'est pas, sans dire ce qu'il est. Il est facile de leur répondre. Le nom est *une institution de police civile* ; il est *la forme obligatoire de la désignation des personnes* ; mais il n'est pas plus un objet de propriété que ne le sont les numéros matricules ; il n'est pas aliénable ; la loi ne le met pas à la disposition de celui qui le porte, et elle l'établit beaucoup moins dans son intérêt que dans l'intérêt général. — Son caractère transmissible par l'hérédité ne prouve pas davantage qu'il soit un objet de propriété. On a dit quelquefois que les particuliers font de leur nom un usage conforme à sa nature en le transmettant à leurs enfants. Ce raisonnement repose sur une erreur : la *transmission héréditaire du nom n'est pas l'œuvre de la volonté du père* : c'est la loi qui, pour rendre notoire le fait de la filiation, exige que ce fait soit annoncé par l'identité du nom. Ceci est exclusif de toute idée de propriété.

399. Origine historique de l'erreur. — Ce qui a introduit dans notre droit l'idée de la propriété des noms, c'est l'idée du *nom féodal*, c'est-à-dire d'un nom de terre porté par une personne. Cette façon de désigner les gens, d'après les seigneuries qu'ils possédaient, devait fatalement amener l'erreur confondant le nom et la propriété. Quand une personne prenait le nom d'une terre qui ne lui appartenait pas, elle *usurpait*, au moins extérieurement, la seigneurie d'autrui. Mais si le nom d'une terre, porté par une personne qui en était propriétaire, pouvait conserver pour elle le caractère d'une propriété, comment comprendre le même fait pour les dénominations purement personnelles, telles que Charpentier, Dubois, Langlois ou Legros?

400. Intérêt de la question. — Cet intérêt se réduit à ceci : si le nom est une propriété, est possible à la personne qui le porte d'en obtenir le respect par autrui, *sans avoir besoin de prouver que son usurpation lui cause un dommage*. Tel est, en effet, le caractère spécifique du droit de propriété : sa jouissance est nécessairement exclusive, et le seul fait de sa possession par autrui constitue une lésion dont la réparation peut être demandée en justice. — La jurisprudence n'a pas reculé devant cette conséquence extrême. Elle autorise celui qui porte légitimement un nom à s'opposer à ce que d'autres le prennent, sans exiger du réclamant la justification d'un intérêt quelconque (Bordeaux, 4 juin 1862, S. 63. 2. 6 ; Paris, 4 déc. 1863, D. 64. 2. 12, S. 66. 1. 435 ; Paris, 16 mai 1900, S. 1902. 2. 15 ; Cass., 10 nov. 1902, S. 1903. 1. 505). Au contraire si le nom n'est pas l'objet d'un véritable droit de propriété, le réclamant ne peut obtenir gain de cause que s'il justifie d'un préjudice résultant d'une confusion fâcheuse pour lui. Le Conseil d'État est déjà entré dans cette voie ; il n'admet les oppositions aux décrets autorisant les changements de noms qu'autant que les opposants justifient d'un intérêt sérieux (Conseil d'État, 6 août 1861, D. 62. 3. 77, S. 62. 2. 351 ; 16 juill.

1880, D. 81. 3. 74 ; 4 déc. 1896, D. 98. 3. 35 ; 24 mai 1901, D. 1902. 3. 99). Quelques décisions judiciaires supposent également l'existence du préjudice (Riom, 2 janv. 1865, D. 65. 2. 17, S. 65. 2. 7 ; Rennes, 29 avril 1880, D. 80. 1. 198 ; Trib. de la Seine, 15 févr. 1882, *Gaz. des Trib.*, 16 févr. 1882 ; Trib. civ. Seine, 1er août 1903, D. 1904. 2. 4). D'ailleurs il est à remarquer que la plupart des réclamations sont faites non pas à propos des noms patronymiques proprement dits, mais pour des noms de seigneuries conservés par d'anciennes familles nobles. Comp. ci-dessus, n° 309.

401. Emploi des noms dans la littérature. — La question n'est plus la même lorsqu'il s'agit, non plus d'une personne vivante voulant porter le nom d'autrui, mais de l'attribution d'un nom à un *personnage imaginaire*, au *théâtre* ou dans un *roman*. L'allusion satirique, voulue ou non, suffit pour motiver une réclamation (Jugement du tribunal de la Seine, du 15 février 1882, ordonnant la suppression du nom de Duverdy donné à l'un des personnages du roman de Zola, intitulé *Pot-Bouille*. *Gaz. des Trib.* 16 févr. 1882). Ce qui prouve qu'il s'agit ici non pas d'une question de propriété, mais d'une protection de la personne contre l'ironie et la malignité publique, c'est que la réclamation est fondée même quand il s'agit d'une *simple ressemblance physique*, ou d'une description dans laquelle le nom n'est pas employé. En 1896, un acteur de la *Comédie Française*, s'étant fait une tête qui rappelait la physionomie du docteur Charcot, dut y renoncer sur la réclamation des héritiers.

2° Imprescriptibilité du nom.

402. Le principe et ses conséquences. — Les arrêts répètent à l'envi que les noms sont *imprescriptibles* ; que la propriété des noms ne peut ni s'acquérir ni se perdre par la prescription (Cass., 10 mars 1862, D. 62. 1. 219, S. 62. 1. 593 ; Cass., 2 févr. 1881, D. 81. 1. 339, S. 82. 1. 115 ; Cass., 17 nov. 1891, D. 93. 1. 244, P. 92. 1. 413 ; Lyon, 29 juill. 1898, D. 99. 2. 61 ; Poitiers, 3 nov. 1913, P. et S. 1914. 2. 135). Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de ces formules. Elles signifient seulement que les règles établies pour la prescription des droits en général ne s'appliquent pas aux noms ; par conséquent, les juges peuvent apprécier librement la valeur et la durée des faits de possession ou d'usage qui leur sont soumis : notamment ils ne sont pas liés par la limite de trente ans établie par l'art. 2262.

Les principales applications de cette idée sont les suivantes :

1° Un nom de famille peut être repris par les représentants actuels de cette famille, quelque longue qu'ait été l'interruption dans l'usage du nom.

2° L'usage et la possession d'un nom peuvent être pris en considération pour faire maintenir ce nom à la personne qui le porte, quand même il serait constaté que sa forme actuelle est l'altération d'une forme ancienne.

§ 3. — *Des prénoms.*

403. Leur utilité. — Les prénoms forment l'élément *individuel* du nom ; ils servent à distinguer les différentes personnes de la même famille. A la différence du *prænomen* latin, le prénom français est susceptible de pluralité. Cette pluralité aide encore à éviter les confusions, surtout dans les familles où l'on affectionne certains prénoms ; mais elle a aussi ses inconvénients. On doit prendre soin de les écrire dans les actes exactement dans l'ordre où ils figurent sur l'acte de naissance, si l'on veut éviter des rectifications parfois difficiles.

La pluralité des prénoms n'est pas obligatoire. — La loi de germinal dit « *les* prénoms »,

au pluriel, parce que le cas ordinaire est la pluralité des prénoms, mais il n'est pas rare de voir des personnes qui en portent un seul.

404. Par qui et quand ils sont donnés. — Les prénoms sont donnés par le père, ou à son défaut, par la personne qui a le droit de nommer l'enfant, la mère survivante, la mère naturelle, l'Administration de l'hospice. Ils sont imposés à l'enfant au moment de la rédaction de l'acte de naissance ; autrefois cela se faisait à l'église lors du baptême, d'où leur qualification de *noms de baptême*.

405. Choix des prénoms. — Leur choix n'est pas absolument libre. La loi du 11 germinal an XI veut qu'ils soient pris « dans les différents calendriers en usage ou parmi les noms des personnages connus de l'histoire ancienne » (Tit. Ier, art. Ier). L'onomastique des personnes est donc assez large. Mais il s'élève quelquefois des difficultés en pratique sur le point de savoir si le personnage est suffisamment *connu* et s'il est de date suffisamment *ancienne*, pour que son nom puisse servir de prénom. Il y a quelques années un officier de l'état civil de Paris refusa de recevoir comme prénoms d'un enfant ceux de *Lucifer-Blanqui-Vercingétorix*. Blanqui n'appartient pas, il est vrai, à l'histoire ancienne ; mais Vercingétorix remplit certainement toutes les conditions voulues, et quant à *Lucifer*, il est tout aussi admissible que *Gabriel*, *Raphaël*, ou *Michel*, qui sont comme lui des noms d'anges. Le pire défaut de ces noms de révoltés et de vaincus est qu'ils auraient été lourds à porter, et l'officier de l'état civil a certainement rendu service à l'enfant qu'il en a dispensé. Voir sur les difficultés de ce genre un article dans *Le Droit* du 12 mars 1884.

§ 4. — *Du surnom et du pseudonyme.*

406. Du surnom. — Le *surnom* ou *sobriquet* n'a aucune valeur juridique. Il ne fait pas partie de la désignation légale de la personne. Cependant il se substitue souvent en fait, dans les campagnes, dans la classe ouvrière, et dans le monde des rôdeurs et gens sans aveu, au véritable nom de l'individu. Il peut alors acquérir un rôle utile pour mieux assurer l'identité, et on l'admet à ce titre dans les pièces administratives et judiciaires en le faisant précéder du mot *dit*. Ce n'est qu'un élément du signalement, tant qu'il n'est pas définitivement acquis et joint au nom patronymique (Cass., 9 janv. 1901, D. 1903. 1. 501).

407. Du pseudonyme. — Le *pseudonyme* est un nom supposé que la personne se donne à elle-même pour cacher au public son nom véritable. L'emploi en est licite tant qu'il ne sert pas à une fraude (Trib. Seine, 1er août 1903, S. 1906. 2. 217). Ainsi les écrivains, les journalistes, les auteurs lyriques ou dramatiques sont souvent connus sous un nom de fantaisie. *Molière*, *Voltaire*, sont des pseudonymes. Les gens de guerre avaient aussi le même usage ; de là l'expression *nom de guerre* qui désigne souvent le pseudonyme. Une loi du 13 mai 1793 a interdit aux citoyens de s'engager dans l'armée sous un autre nom que le leur.

§ 5. — *Des titres de noblesse.*

408. Bibliographie. — Sémainville, *Code de la noblesse*, 2e édit., 1860. — Lévesque, *Du droit nobiliaire français*, 1866. — Maury, *Les titres nobiliaires en France* (*Revue des Deux Mondes*, 15 décembre 1882). — De Nimal, *Nobles et noblesse*, Paris, 1892. — Lallier, cité au n° 388. — Indications plus complètes dans J. Hédouin, *De l'usurpation des titres nobiliaires*, thèse, Paris, 1900.

409. Définition. — La *noblesse*, telle que l'a connue l'ancienne société française, était une qualité spéciale des personnes ayant une valeur juridique. Elle a perdu ce caractère lors de l'abolition des privilèges par les décrets du 4 août 1789. Les nobles n'ont plus *aucune prérogative* qui les distingue du reste des citoyens, mais les *titres de noblesse* ont survécu, à l'état d'*accessoires honorifiques du nom*.

410. Liste. — Les titres de noblesse existant dans le droit moderne avec le caractère susindiqué sont les suivants : *Prince, duc, marquis, comte, vicomte, baron* et *chevalier*. Ils sont classés hiérarchiquement dans l'ordre où ils viennent d'être énumérés (comp. ord. des 25 août 1817, art. 12). La qualification d'*écuyer* est considérée comme abolie. Avant la Révolution, elle appartenait de droit à tout membre d'une famille noble non titrée. On voit par suite que les simples noms de terres non titrées portés comme noms patronymiques, ne sont nullement régis par la législation propre aux *titres* de noblesse.

411. Variations de la législation. — Les titres de noblesse avaient été abolis par les lois des 17-23 juin 1790 et des 27 sept.-16 oct. 1791 ; ils n'ont été rétablis que par la charte de 1814 (art. 71). Supprimés de nouveau en 1848 (décret du 29 février), ils furent rendus à leurs titulaires en 1852 (décret du 24 janvier). — A côté de l'ancienne noblesse, il existe une *noblesse d'Empire*, créée par Napoléon Ier à partir de 1806, et que la Restauration laissa subsister.

412. Leurs caractères. — A la différence des noms, les titres de noblesse constituent *une véritable propriété* comme les terres d'où ils dérivent.

Les titres de noblesse constituent-ils un *élément de l'état des personnes?* Quelques auteurs le disent (Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée sur les questions d'état*, n° 194. — Comp. Cass., 1er juin 1863, D. 63. 1. 216). Mais la jurisprudence se prononce en général en sens contraire, et décide que les questions que ces titres soulèvent ne se gouvernent pas par les mêmes règles que les questions d'état, et elle a raison : si la noblesse a été jusqu'à la Révolution une qualité des personnes, et par suite une question d'état, sa suppression a été définitive, et les *titres de noblesse* n'ont été rétablis qu'à l'état de *propriété honorifique* : ils servent non à *désigner*, mais à *honorer* ceux qui les possèdent (Rennes, 13 juin 1864, D. 65. 2. 137, S. 64. 2. 195 ; Paris, 8 août 1865, D. 65. 2. 121, S. 68. 1. 111 ; Cass., 30 déc. 1867, D. 68. 1. 49, S. 68. 1. 111).

413. Mode de transmission. — Comment les titres de noblesse se transfèrent-ils d'une personne à une autre? Ce point est sujet à controverse. D'après l'opinion la plus vraisemblable, ils ont été rétablis en 1814, tels qu'ils étaient avant la Révolution ; bien que réduits à l'état de simples qualifications honorifiques et dépourvus de tout privilège et de tout attribut positif, ils ont conservé leur mode de transmission ancien, de mâle en mâle au profit de l'aîné. Ce système est sans doute dérogatoire à l'esprit général du droit moderne en matière successorale : mais toute autre interprétation serait contraire à la charte de 1814, restaurée sur ce point par le décret de 1852 : son art. 71 portait : « La noblesse ancienne *reprend* ses titres...

414. Compétence. — Les questions relatives aux titres de noblesse sont soumises à une compétence spéciale lorsqu'il s'agit de savoir si le titre a été régulièrement conféré ou s'il est régulièrement porté. Le *Conseil du sceau des titres* institué par décret du 8 janvier 1859 a été supprimé par un décret du 10 janvier 1872, et ses attributions sont maintenant exercées par un conseil d'administration établi au ministère de la justice. — Sur les usurpations des titres de noblesse, voyez la thèse de M. Hédouin citée à la bibliographie. Voyez aussi Toulouse, 18 janv. 1899, D. 1900. 2. 52 ; Trib. des conflits, 17 juin 1899, S. 1900. 3. 17 ; Cass., 3 août 1908, D. 1910. 1. 467, P. et S. 1914. 1. 291.

§ 6. — *De la particule.*

415. Son caractère véritable. — Les mots *du, de, de la, des*, dits *particule nobiliaire*, sont en réalité sans valeur et sans rapport avec la noblesse (voyez les considérants d'un arrêt de Lyon, 24 mai 1865, D. 65. 2. 163, S. 66. 2. 343. — Comp. Beaune, *Des distinctions honorifiques et de la particule* ; Vian, *La particule nobiliaire*, 1880 ; H. Breuil, *De la particule dite nobiliaire*, thèse, Paris, 1903). Les roturiers les plus humbles peuvent avoir la particule comme les plus grandes familles ; son absence ne prouve pas plus la roture que sa présence ne dénote la noblesse ; c'est simplement un lien entre deux mots, dont le second

indique l'origine de la personne, nous l'employons là où les Romains auraient mis l'ablatif. M. *Dubois* et M. *Delile* croient s'anoblir en coupant leur nom en deux. Ils sont au comble de leurs vœux s'ils réussissent à rétablir l'ancienne orthographe et à se faire appeler *du Boys* ou *de l'Isle*. L'histoire du nom dévoile l'inanité de cette croyance, qui est déjà vieille. Ce n'est pas, du reste, une simple erreur populaire. Beaucoup de nobles y tiennent comme à la marque la plus sûre de la noblesse et M. de Sémainville va jusqu'à dire que les nobles peuvent prendre de plein droit la particule, comme si elle était un accessoire inhérent à la noblesse de la personne, le signe visible de sa qualité.

416. Compétence. — La particule étant une partie intégrante des noms de famille, et non un titre nobiliaire, les tribunaux ordinaires sont compétents pour statuer sur les questions qu'elle soulève (Amiens, 24 déc. 1890, D. 93. 1. 244, S. 93. 1. 25).

§ 7. — *Autorité de la chose jugée en matière de noms.*

417. Rappel du principe. — On a vu (ci-dessus, nº 361) que l'effet des jugements est limité aux *parties* et à leurs *représentants* ou *ayants cause*, et ne s'étend pas aux *tiers*, auxquels ils ne peuvent ni profiter ni nuire. Ainsi la chose jugée est tenue pour vraie, mais c'est une vérité *purement relative*, qui existe pour certaines personnes et pas pour d'autres. Si les personnes changent, un procès déjà terminé et jugé peut toujours recommencer entre d'autres personnes. Comp. ci-dessus, nº 296.

418. Règles spéciales aux jugements sur les noms. — Le principe ordinaire est ici écarté. Le nom est *indivisible;* ce n'est pas une série de relations entre diverses personnes qu'on puisse régler différemment les unes des autres ; c'est un fait, un acte unique qui consiste à recevoir une appellation déterminée : nul ne peut en recevoir deux à la fois. Il est donc nécessaire que le jugement qui autorise une personne à porter un nom ou qui lui fait défense de s'en servir, produise un effet absolu, et soit opposable à tous les membres de la famille, même à ceux qui n'ont pas été représentés (Demolombe, t. V, nº 310. — Metz, 29 avril 1847, D. 47. 2. 108). On réserve seulement à ces derniers le droit d'attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition, en cas de dol ou de fraude. On a fait remarquer que, sur ce point, nos lois présentent évidemment une lacune ; il serait bon que ce jugement fût précédé d'une certaine publicité et qu'on mît en cause, autant que possible, les membres de la famille actuellement existants (Chéneaux, *De l'auteur de la chose jugée sur les questions d'état*, nº 198).

CHAPITRE III

DE L'ÉTAT DES PERSONNES

§ 1. — *De l'état considéré en lui-même.*

***419. Définition.** — On appelle « état » d'une personne (*status* ou *conditio*) *certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques*. Ainsi les qualités de *Français*, de *majeur*, d'*époux*, de *fils légitime*, sont des *états juridiques*. Désigner l'état d'une personne, c'est la *qualifier* en précisant le point de vue sous lequel on l'envisage. Rigoureusement, toute qualité produisant des effets de droit pourrait porter le nom d'état. Mais, dans la langue scientifique, on ne considère pas comme

des états les diverses *professions* et *fonctions*, qui cependant comportent presque toutes des droits et des devoirs propres et qui sont réglés par la loi. Ainsi les qualités de *magistrat*, de *militaire*, de *commerçant*, d'*ouvrier*, ne sont pas des « états » dans la langue juridique, bien qu'on les appelle souvent ainsi dans la langue usuelle ou littéraire (1). Le droit réserve ce nom aux *qualités inhérentes à la personne*, à l'exclusion des qualifications qu'elle porte *à raison de ses occupations*.

A. — Classification.

***420. Division générale.** — L'état d'une personne n'est pas simple et unique ; il est *multiple*. Il peut s'apprécier à un triple point de vue :

1° D'après les relations d'ordre politique (*état dans la cité*, ou état au point de vue politique) ;

2° D'après les relations d'ordre privé (*état dans la famille*) ;

3° D'après la situation physique de la personne (*état personnel*).

On remarquera que, dans les deux premières catégories, l'état consiste toujours en une *relation* entre la personne que l'on considère et une ou plusieurs autres. Au contraire, les différentes qualités qui rentrent dans la dernière classe ne supposent aucune relation particulière entre diverses personnes, elles se déterminent par une simple *comparaison* entre une personne et les autres, ou même entre les états successifs de cette personne.

421. Qualification de l'état. — Ordinairement les différents états juridiques ont chacun leur nom propre : une personne est *française*, *étrangère*, *époux légitime*, *enfant naturel*, etc. Cependant certains états ne portent pas de nom particulier et on est obligé de les désigner par périphrase. Ainsi il n'y a pas d'expression technique pour qualifier ceux qui ne sont pas parents l'un de l'autre : on emploie le mot « étranger », qui est amphibologique, car ce terme qualifie ordinairement les personnes non françaises, mais il a aussi un sens vague qui indique l'absence d'une relation donnée entre deux personnes. Voyez les art. 839, 1094 et 1687.

422. Comment l'état se ramène toujours à une alternative. — Les diverses conditions ou états des personnes peuvent avoir pour cause soit un *acte juridique*, comme la naturalisation, le mariage, l'adoption, soit un *fait matériel*, comme la naissance, l'âge, la démence. Quand l'une de ces causes se produit, elle engendre un état déterminé : la personne acquiert la qualité de *français*, d'*époux*, de *majeur*, etc. Si elle ne se produit pas, la personne se trouve dans un état contraire : elle est *étrangère*, *célibataire*, *mineure*, etc.

(1) Ainsi Montesquieu disait : « Il y a en France trois sortes d'état : l'église, l'épée et la robe », désignant par là les positions sociales élevées au-dessus du peuple. On dit encore « prendre un état », pour « prendre un métier » (LITTRÉ, v° *État*, n° 6).

Tout état suppose donc un état contraire, qui pourrait appartenir à la même personne. A la qualité de *français* s'oppose la qualité d'*étranger*; à l'état d'*époux* s'oppose celui de *célibataire*; et ainsi des autres.

1° État des personnes au point de vue politique.

423. Énumération. — Dans l'ordre politique, les divers états qu'une personne peut avoir sont : 1° la *nationalité*; 2° la *qualité de citoyen*; 3° la qualité de *condamné* ou de *failli*.

424. Nationalité. — Les personnes sont *françaises* ou *étrangères*. La manière dont peut s'acquérir ou se perdre la qualité de Français est réglée par le Code civil (art. 8-21), dont les dispositions primitives ont été remaniées sur ce point par des lois nombreuses et finalement remplacées par les lois du 26 juin 1889 et du 22 juillet 1893. L'explication de ces textes formait autrefois une partie importante du cours de première année de droit civil; mais comme les questions de nationalité se relient intimement aux difficultés du droit international, les nouveaux programmes les ont détachées de l'enseignement du droit civil, pour les attribuer au cours de droit international privé.

425. Qualité de citoyen. — Cette qualité n'a pas en français de nom spécial. Les Romains disaient « civitas », les Italiens disent « cittadinanza ». La qualité de citoyen est *l'aptitude à exercer les droits politiques*. Créée par la Révolution, sa notion s'est vite altérée dans l'esprit populaire. La plupart des gens emploient le mot « citoyen » d'une manière trop générale, comme synonyme de « sujet français » et l'appliquent à tous les membres de la nation. De la sorte, les femmes et les enfants sont citoyennes ou citoyens, comme les hommes mûrs. Ce n'est pas le sens légal du mot. Le Code civil (art. 7 et 8 primitifs) distinguait très nettement la qualité de *Français*, qui confère les *droits civils*, de la qualité de *citoyen*, conférant les *droits politiques*.

A l'époque où l'on a fait le Code civil, la qualité de citoyen était réglée par la loi constitutionnelle (Const. du 22 frimaire an VIII), à laquelle renvoyait l'ancien art. 7 C. civ. Cette qualité appartenait à tout Français majeur, du sexe masculin, qui s'était fait inscrire sur les *registres civiques* d'une commune et qui, depuis cette inscription, avait habité *pendant un an* sur le territoire de cette commune. On n'était donc pas citoyen avant 22 ans accomplis.

Les dispositions de la Constitution de l'an VIII ont été abrogées par la Charte de 1814, et les registres civiques sont aujourd'hui remplacés par les *listes électorales* (L. 7 juill. 1874; L. municipale du 5 avril 1884, art. 14).

Trompé par la dissémination des textes qui régissent les droits attachés à la qualité de citoyen, le législateur moderne a cru qu'elle avait perdu toute existence et il l'a passée sous silence, en 1899, dans la rédaction du nouvel art. 7 C. civ. Ce texte porte : « L'exercice des droits civils est indépendant de l'*exercice des droits politiques*, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales. » — Cette prétérition volontaire repose sur une erreur. La qualité de citoyen existe toujours, et la preuve en est qu'elle se perd par l'effet d'une peine particulière, la *dégradation civique*, dont le nom à lui seul indique l'existence de la qualité qu'elle enlève (art. 34 C. pén.), et l'art. 35 C. pén. la mentionne expressément.

426. Qualité de condamné ou de failli. — Il importe de distinguer au point de vue du droit public les condamnés ou les faillis de ceux qui n'ont ni subi une condamnation pénale, ni fait faillite. Les condamnés et les faillis subissent des *déchéances* (C. pén., art. 28,

29 et 42. — Pour les faillis, les textes sont très nombreux. Voyez-en l'énumération dans LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*. t. VIII, nos 974 à 978). Il n'existe pas d'expression pour désigner d'un mot l'état d'honorabilité légale qui est la règle, et que les Romains appelaient *existimatio;* il n'en existe pas non plus pour qualifier les déchéances que subissent les condamnés et les faillis : les Romains disaient *infamia* ou *ignominia;* mais le mot *infâme*, que nos anciens coutumiers employaient volontiers, a perdu son sens juridique pour devenir une simple injure.

2° État de famille.

****427. Énumération.** — Les *relations de famille*, qui constituent des états distincts, sont au nombre de trois seulement. Deux membres d'une même famille peuvent être entre eux ;

1° *Époux* : le mari et la femme ;

2° *Parents* : le père et le fils ; deux frères ; un oncle et son neveu ; deux cousins ;

3° *Alliés* : le gendre et sa belle-mère ; le beau-père et sa bru ; deux beaux-frères ; deux belles-sœurs.

Chacune de ces qualités se subdivise en variétés diverses. La nature de la parenté n'est pas toujours la même ; elle est tantôt *réelle*, et tantôt *fictive* (née de l'adoption) ; la parenté réelle se subdivise en *légitime* et *naturelle*, et chacune a différentes branches et degrés. L'alliance emprunte les caractères variés de la parenté. Enfin l'état d'époux, qui semblerait devoir être toujours homogène, varie, lui aussi, par l'effet de la séparation de corps ou de la séparation de biens ; la diversité des régimes matrimoniaux influe même sur la capacité de la femme.

3° État physique individuel.

****428. Énumération.** — Les seules causes physiques qui influent sur le droit des personnes en modifiant leur état juridique sont :

1° Le défaut d'âge ou *minorité*, qui ne permet pas encore à l'individu d'avoir toute sa maturité d'esprit ;

2° La *folie* et la *faiblesse d'esprit*, qui détruisent ou diminuent les facultés intellectuelles ;

3° Le *sexe féminin*, qui est une cause de faiblesse physique. Cette dernière cause a perdu presque toute son importance dans le droit moderne. Voyez ci-dessous, n° 1622.

§ 2. — *Conséquences de l'état.*

429. Leur importance. — Il ne suffit pas de déterminer l'état d'une personne, il faut rechercher quelles sont les conséquences de cet état, car *c'est seulement à raison des effets juridiques qu'il produit* que l'état d'une personne est intéressant à connaître.

***430. Distinction à faire.** — Ces conséquences sont de deux sortes :

1° L'état sert à *déterminer le nombre et la nature des droits et des devoirs de la personne* : en considération de son état, la loi lui accorde ou lui refuse un droit ; elle lui impose une obligation ou l'en dispense. Ainsi un citoyen français a des droits et des obligations qui n'appartiennent pas à un étranger : il a le droit de vote ; il est tenu au service militaire. De même les personnes unies par un mariage régulier ont des devoirs réciproques de fidélité et d'assistance qui n'existent pas entre concubins.

2° L'état de la personne sert également à déterminer *son aptitude à exercer ses droits par elle-même ou à remplir ses obligations.* Cette aptitude est la règle : étant donné un droit ou une charge, c'est la personne intéressée elle-même qui se servira de son droit ou qui s'acquittera de sa charge. On dit alors que cette personne est *capable.* Exceptionnellement, la personne titulaire du droit ou grevée de la charge n'aura pas cette aptitude ; on dit alors qu'elle est *incapable.* La femme mariée, l'aliéné interdit ou interné, le mineur, le condamné frappé d'interdiction légale sont des incapables. Dans ce second cas, la question en jeu est moins grave que dans le premier. Il ne s'agit pas de savoir si le droit sera accordé ou si l'obligation sera imposée à la personne ; mais seulement, étant donné que ce droit lui appartient ou que cette obligation lui incombe, si elle sera admise à agir librement et par elle-même.

En résumé, la question de savoir si une personne possède ou non un état déterminé intéresse tantôt l'*existence* même du droit ou de l'obligation, tantôt simplement son *exercice.*

***431. Critique des qualifications usuelles.** — On exprime cette distinction à l'aide d'expressions particulières : on parle de la *jouissance* et de l'*exercice* des droits. Avoir la jouissance du droit de propriété, c'est avoir l'aptitude nécessaire pour devenir propriétaire ; en avoir l'exercice, c'est pouvoir user de son droit de propriété, c'est-à-dire vendre sa maison ou sa terre, la revendiquer, la louer, en toucher les loyers, le tout sans l'intervention de personne. Un *mineur en tutelle* a la *jouissance* de tous ses droits parce que sa minorité ne l'empêche pas d'être propriétaire, créancier, débiteur, etc. Il n'en a pas l'*exercice* parce qu'il ne peut pas agir lui-même et agir seul : c'est son tuteur qui agit pour lui. Ces deux expressions ont un double défaut : d'abord elles ne marquent pas clairement l'antithèse, car le mot *jouissance*, dans son sens naturel, désigne plutôt un simple usage qu'une attribution définitive. En outre, elles n'éveillent que l'idée de *droits;* on vient de voir qu'il faut songer aussi aux *devoirs*, *charges*, ou *obligations.*

432. Droits et obligations indépendants de l'état. — Il ne faudrait pas croire, d'après ce qui vient d'être dit, que l'état juridique d'une personne soit *la source unique de*

ses droits et de ses obligations. Outre ceux qui dérivent de son état, chaque personne a encore beaucoup de droits et d'obligations qui ont une source différente et qui dérivent des *contrats* et des *délits* et des formes intermédiaires appelées *quasi-contrats* et *quasi-délits.*

CHAPITRE IV

DES ACTIONS D'ÉTAT

§ 1. — *De la possession d'état.*

***433. Définition de la possession d'état.** — L'état des personnes est susceptible de *possession*, en prenant ce mot dans un sens large. La possession d'un état quelconque consiste toujours *à passer aux yeux du public pour l'avoir réellement.* Posséder un état, c'est jouir en fait du titre et des avantages qui y sont attachés et en supporter les charges.

****434. En quoi elle consiste.** — La possession d'état a été analysée par la loi dans l'art. 321 à propos des questions de filiation ; il s'agit de l'état d'enfant légitime, mais les indications que la loi nous donne accidentellement doivent être étendues à toute espèce d'état. Elles ne sont du reste que la reproduction de décisions doctrinales traditionnelles.

Les anciens commentateurs avaient résumé dans une formule commode tous les faits qui constituent cette espèce particulière de possession : « Nomen, tractatus, fama ». *Nomen*, c'est le fait de porter le nom qui désigne cet état : le nom du père et de la mère, si c'est une question de filiation, le nom de Français, si c'est une question de nationalité, etc. *Tractatus*, c'est le fait d'avoir toujours été traité comme tel par toutes les personnes avec qui on s'est trouvé en relations d'affaires ou de famille. *Fama*, c'est le fait d'avoir été connu pour tel dans le public. — Ce n'est là qu'une formule mnémonique : il n'y faut pas attacher la valeur d'une règle de droit.

§ 2. — *Caractères généraux des actions d'état.*

435. Définitions. — Lorsqu'une personne ne possède pas son état, elle doit l'établir si elle veut en tirer les avantages dont il est susceptible. On lui donne à cet effet une action spéciale, appelée *action en réclamation d'état.* Au contraire, lorsqu'elle le possède en fait, elle est admise à le faire valoir à son profit, et n'a pas d'action d'état à exercer. Mais les tiers, avec lesquels elle est en conflit, et qui veulent la priver des avantages attachés à l'état qu'elle possède, peuvent le lui contester, au moyen d'une action spéciale *en contestation d'état.*

L'état des personnes fait ainsi naître des questions litigieuses assez fréquentes et toujours graves, à raison de leurs conséquences juridiques. Toutes les actions qui y sont relatives méritent également le nom d'actions d'état. Toutefois, dans la pratique, l'usage est de restreindre ce nom aux seules actions relatives à des *questions de filiation*. C'est dans ce sens étroit que les art. 326 à 330 parlent des actions « en réclamation ou en contestation d'état ». Nous nous occupons ici des actions d'état entendues au sens large.

***436. Indisponibilité de l'état.** — L'état des personnes est *hors du commerce*, ce qui signifie que les particuliers n'ont pas de pouvoir sur leurs *qualités personnelles*, pour les modifier ou en disposer à leur gré, par des conventions, comme ils peuvent faire de leurs biens.

De là se tirent quelques conclusions importantes :

1° *L'état est imprescriptible.* — Il ne peut ni s'acquérir ni se perdre par prescription. Par conséquent, l'action elle-même ne peut pas se prescrire. L'art. 328 formule ce principe à propos de l'action en recherche de la filiation, mais il a une portée bien plus générale. Toutefois la loi y a quelquefois apporté des dérogations. La principale est celle qui existe pour l'*action en désaveu*, accordée au mari en cas d'adultère de sa femme, et renfermée dans le court délai d'un mois ou de deux mois (art. 316-318). L'*action en recherche de la filiation* devient également *prescriptible*, quand elle passe aux héritiers de l'enfant, après son décès (art. 329).

2° *Il est impossible de transiger sur les questions d'état.* — La transaction est un arrangement qui empêche un procès de naître ou qui met fin à un litige déjà commencé, au moyen de sacrifices réciproques (art. 2044). La transaction est impossible sur les questions d'état, parce qu'elle consisterait soit en une *concession* faite par les adversaires de la personne, qui lui reconnaîtraient la qualité qu'elles contestaient d'abord, soit en une *renonciation* de la part de cette personne, qui abandonnerait sa qualité. Tout arrangement de ce genre serait donc nul (1). La personne qui l'aurait consenti aurait toujours le droit de réclamer son état, comme les tiers auraient toujours le droit de le lui contester, nonobstant toutes transactions ou renonciations (art. 2045, al. 1).

3° *Les créanciers ne peuvent pas exercer les actions d'état du chef de leur débiteur.* — La loi ne leur permet d'agir à la place de leur débiteur qu'autant que l'action exercée par eux a un caractère pécuniaire et figure dans le patrimoine (art. 1166).

***437. Règles inverses pour les droits pécuniaires dérivant de l'état.** — Pour l'application de toutes ces règles, il importe de bien distinguer l'*état*, considéré en lui-même et d'une manière abstraite, des *conséquences*

(1) La jurisprudence présente cependant beaucoup d'incertitudes : tantôt elle valide et tantôt elle annule les désistements d'appel ou les acquiescements, en matière de nullité de mariage, de divorce, de séparation de corps, d'interdiction, de conseil judiciaire, de destitution de tutelle, etc. Voyez Pilon, note dans *Sirey*, 1903. 2. 273.

qu'il peut avoir : celles-ci ont, en général, un caractère *pécuniaire* et *patrimonial*, et par suite il faut donner pour elles les solutions inverses. Ainsi la qualité d'*enfant légitime* donne le *droit de succéder*. Or ce dernier droit est pécuniaire ; il peut donc se perdre par prescription, il peut faire l'objet d'une transaction valable ; l'action qu'il procure (pétition d'hérédité) peut être exercée par les créanciers.

§ 3. — *Règles spéciales de procédure pour les actions d'état.*

438. Absence du préliminaire de conciliation. — En règle générale, il n'y a pas pour elles de *préliminaire de conciliation* devant le juge de paix ; ce préliminaire est une tentative d'arrangement, qui a pour but d'arrêter les procès en facilitant les transactions (art. 48 C. proc. civ.). Comme il n'y a pas de transaction possible sur les questions d'état, le préliminaire de conciliation serait sans objet : donc il n'a pas lieu.

Il y a toutefois exception pour les demandes en *divorce* et en *séparation de corps*, pour lesquelles la tentative de conciliation prend au contraire une importance considérable, parce que la loi désire éviter la rupture entre les époux ; mais elle se fait dans une *forme exceptionnelle*, devant le président du tribunal civil (art. 238). Du reste, le divorce et la séparation de corps ont d'un bout à l'autre une procédure spéciale qui a été réglée par la loi du 18 avril 1886 (art. 236-252 et art. 306).

439. Communication au ministère public. — Les questions d'état, à cause de la gravité des intérêts qu'elles engagent, figurent au premier rang parmi les *causes sujettes à communication au ministère public* (art. 83-2° C. proc. civ.). Le tribunal ne peut pas statuer sans avoir entendu les conclusions du ministère public ; l'affaire est dite « communicable », parce que les avoués sont tenus de communiquer le dossier au membre du parquet qui assiste à l'audience (1).

§ 4. — *Autorité de la chose jugée en matière d'état* (2).

440. Position de la question. — Le principe de l'autorité relative des jugements indiqué ci-dessus (n° 361) régit certainement les jugements qui intéressent les *droits patrimoniaux*, c'est-à-dire ceux qui portent sur des intérêts appréciables en argent. S'applique-t-il également aux jugements rendus sur l'état des personnes?

L'intérêt de la question est très grand. Chaque personne a besoin d'être fixée sur son véritable état et il en est de même des tiers qui traitent avec elle. Il y aurait une utilité pratique considérable à ce que le jugement rendu en matière d'état acquît une autorité absolue, égale à celle qui s'attache aux actes de l'état civil, au lieu d'une simple autorité relative qui permet à la question de se rouvrir chaque fois qu'il se présente un nouvel intéressé, qui n'a été ni partie ni représenté dans le premier procès.

A. — Système suivi dans l'ancien droit.

(Théorie du contradicteur légitime.)

441. Ses origines. — De très bonne heure on s'était aperçu des inconvénients qu'avait le principe de l'autorité relative des jugements appliqué aux questions d'état, et nos anciens

(1) *En appel*, le procès sur une question d'état devait jadis être jugé par la cour en audience solennelle (Décr. 30 mars 1808). Mais, après diverses distinctions et dérogations, un décret du 26 novembre 1899 a décidé que toutes les affaires relatives à l'état des personnes seraient jugées en audience ordinaire.

(2) Outre les articles et ouvrages mentionnés ci-dessous, voyez R. Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*, thèse, Paris, 1893.

auteurs, Cujas, Duaren, Doneau, y échappèrent en donnant à certains textes romains une portée qu'ils n'avaient pas et en généralisant la solution qu'ils en tiraient. Cette théorie, qui formait plutôt une tradition mal définie qu'une doctrine, reçut des mains de B. d'Argentré une construction complète qui lui assura pendant longtemps la vogue (*Advis sur les partages des nobles*, Quest. 29). D'Argentré constate que « la commune et arrestée résolution est qu'un jugement donné sur la qualité de l'estat de la personne fait droit et conséquence contre tous » (*op. cit.*, nº 1) pourvu qu'il ait été donné « avec légitime contradicteur » (*ibid.*, nº 7) (1). Qu'est-ce que le *légitime contradicteur?* D'Argentré répond : « Celui qui a le premier et principal intérêt. » D'autres ont dit : « Celui qui a le plus proche et primitif intérêt. » Ces définitions ne sont claires qu'en apparence, car on n'a jamais pu s'entendre sur la désignation de celui qui aurait ainsi qualité pour représenter tous les autres dans le procès et leur rendre le jugement opposable. On peut bien admettre que le père représentera la branche paternelle, la mère la branche maternelle ; mais, après le décès, il devient de plus en plus difficile de découvrir le légitime contradicteur à mesure que la parenté s'éloigne. C'est sur cet écueil que la théorie du légitime contradicteur est venue finalement se briser.

442. Insuffisance de la doctrine ancienne. — Le principe d'une autorité absolue accordée aux jugements rendus sur ces matières était bien certain, et personne n'a songé à l'ébranler avant la Révolution. Un seul point était resté trouble : c'était la *définition* du légitime contradicteur. A quels signes pouvait-on reconnaître cette qualité? Pour les auteurs français, la définition devenait impossible parce qu'il n'existe aucun caractère commun, permettant de le reconnaître en tout cas. Ce qui est extraordinaire, c'est qu'ils n'aient jamais aperçu la difficulté, ni essayé de la résoudre. Depuis le commencement jusqu'à la fin ils se sont contentés de formules vagues (2).

B. — Solutions modernes.

1º Systèmes donnant une autorité absolue au jugement.

443. Sort de la théorie ancienne. — On a prétendu que la théorie du contradicteur légitime avait été implicitement admise par le Code civil, parce qu'elle était en faveur au XVIIIe siècle, mais cela est loin d'être démontré, car l'opinion commençait déjà à s'en détacher ; Pothier n'en a même pas parlé ; Merlin en a donné une réfutation en règle (*Répertoire*, vº Questions d'état, § 2), et rien, ni dans les textes, ni dans les travaux préparatoires, ne montre que les auteurs du Code s'y soient ralliés (3). Elle a cependant été soutenue depuis le Code par Toullier (t. X, §§ 216 et suiv.) et par Bonnier (*Preuves*, § 889). Mais Duranton (t. XIII, §§ 526 et 527) et Proudhon (*État des personnes*, t. II, p. 109 ; *Usufruit*, t. III, nºs 1357-1358), qui l'avaient d'abord acceptée, l'ont ensuite répudiée. Elle est aujourd'hui tout à fait abandonnée en doctrine (4). Toutefois la jurisprudence moderne ne l'a jamais

(1) Cette expression a été empruntée à un fragment de Callistrate ainsi conçu : « Cum non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum atque si nulla judicata res intervenisset » (*Dig.*, liv. XL, tit. 16, fr. 3).

(2) Duaren se borne à dire : « In causa status, sufficit pronontiatum esse justo contradictore præsente, ut valeat sententia inter omnes » (sous la loi *Sæpe*, au titre *De re judicata*, chap. 68 ; édit. de 1765, t. II). Il ne définit pas le *justus contradictor*. — Doneau n'est guère plus précis ; ayant nommé les « legitimos contradictores », il ajoute : « Id est eos ad quos ea res pertinet » (édit. de 1833, t. III, p. 376). D'Argentré seul a essayé de préciser cette notion en disant que le légitime contradicteur est une « personne telle qu'à *elle appartient le primitif et proche interest* » (*Advis sur les partages des nobles*, question 29, nºs 7 et 8). La difficulté reste entière : quel est ce primitif et proche intérêt?

(3) Ils ont plutôt l'air de l'avoir condamnée en décidant, dans l'art. 100, que les jugements ordonnant la rectification d'un acte de l'état civil n'ont qu'une autorité relative.

(4) MM. Aubry et Rau, qui en rejettent le principe, admettent cependant que lorsque l'enfant a eu soin de mettre en cause tous les parents vivants, tout ce qui était humainement possible ayant été fait, la famille entière, y compris ses représentants à venir, subit l'effet du jugement (t. VI, § 544, note 32). C'est réintroduire par une autre voie l'idée du contradicteur légitime, et par le même raisonnement qui servait jadis à cette solution. Voyez aussi Paris, 16 mars 1899, D. 1900. 2. 132.

rejetée catégoriquement (1), et le Code civil néerlandais l'a consacrée par un texte formel (art. 1957).

***444. Système de l'indivisibilité de l'état.** — On a parfois cherché à fonder l'autorité absolue du jugement sur l'idée de l'*indivisibilité* de l'état. Une personne est française ou étrangère : un enfant est légitime ou il ne l'est pas ; il a pour mère telle personne et non telle autre. Donc la première décision donnée sur la question de nationalité, de filiation ou de légitimité doit faire foi pour tout le monde. Sinon, il pourrait survenir un *second jugement incompatible avec le premier*, et la personne serait tout à la fois française et étrangère, enfant légitime et enfant naturel, ou bien elle aurait en même temps deux mères différentes, ce qui serait absurde. Cette façon de comprendre l'indivisibilité de l'état repose sur une erreur facile à réfuter. L'état est indivisible ; cela veut dire que chaque individu ne peut pas, *dans ses rapports avec une personne déterminée*, passer pour être légitime et pour ne l'être pas, pour avoir telle mère et pour en avoir une autre.

Mais l'indivisibilité de l'état est parfaitement compatible avec le *caractère purement relatif des preuves*. Il peut être prouvé *contre Pierre* que l'enfant est légitime sans que cette preuve soit *opposable à Paul*. Il ne s'agit pas de diviser l'état, mais de distinguer à l'égard de quelles personnes on a réussi à l'établir. La loi elle-même donne cette solution dans l'art. 100 C. civ. Voir ce qui est dit à propos des jugements ordonnant la rectification d'un acte de l'état civil, nº 534, ci-dessous. Rien n'empêche, en effet, qu'une personne soit traitée comme ayant des états différents dans ses rapports avec des personnes différentes.

2º Système de l'autorité relative.

***445. Sa démonstration.** — Il est aujourd'hui très généralement reconnu (2) que l'art. 1351 s'applique aux jugements rendus en matière d'état, bien qu'il soit placé dans le Code au titre « Des contrats et des obligations conventionnelles ». Ce titre contient, outre les règles propres aux contrats et aux obligations, tous les principes généraux du droit civil, et ces principes s'appliquent à toutes les matières pour lesquelles il n'y est pas dérogé par des dispositions exceptionnelles. C'est ce qui arrive en particulier pour l'art. 1351, qui a une portée générale (comp. AUBRY et RAU, t. IV, p. 559 et suiv. ; DEMOLOMBE, t. V, nºs 307 et suiv. ; LAURENT, t. III, p. 487 ; VALETTE sur PROUDHON, t. II, p. 11-13).

L'idée de la représentation de toute la famille par un de ses membres manque de base. D'où viendrait à celui-ci ce mandat extraordinaire? Il ne repose ni sur la nature, ni sur la loi, ni sur la convention ; chaque membre de la famille possède individuellement ses droits et ne représente que lui-même. Donc, en dehors du cas où l'un des parents a succédé à l'autre, la règle de l'effet relatif reprend tout son empire : le jugement rendu pour ou contre le premier ne peut ni nuire ni profiter au second. Voyez cependant Paris, 10 févr. 1898, D. 1900. 2. 57.

On a fait remarquer en outre, qu'on s'exagère les inconvénients pratiques

(1) Un arrêt ayant considéré le principe du contradicteur légitime comme toujours en vigueur (Bordeaux, 10 mai 1864, S. 64. 2. 179), la Cour de cassation, saisie du pourvoi, a évité de se prononcer (Cass., 3 janv 1866, D. 66. 1. 418, S. 66. 1. 89). Comp. Cass., 6 janv. 1809. S 1809. 1. 49.

(2) On pourrait presque dire *unanimement*, car parmi les auteurs récents, M. Bonnier est le seul qui ait admis l'ancien principe (ci-dessus, nº 443).

de la *relativité* du jugement (1). Sans doute d'une manière théorique, on ne conçoit aucun terme à la possibilité pour les tiers de renouveler indéfiniment le litige ; mais en pratique les choses se passeront tout autrement. Quand l'enfant aura une fois obtenu gain de cause, il est peu probable qu'une autre personne s'avise de lui contester sa filiation, et en tous cas, dès qu'un second jugement sera intervenu en sa faveur, il y aura désormais une jurisprudence faite qu'il sera difficile d'ébranler.

***446-449. Exceptions au principe.** — On admet cependant quelques exceptions au principe de l'autorité relative des jugements, de sorte que dans certains cas la chose jugée en matière d'état prend une autorité absolue. Les raisons qui ont fait admettre ces exceptions sont au nombre de deux : tantôt c'est la *concentration de l'action* aux mains de certaines personnes ; tantôt c'est le *caractère exceptionnel du jugement* qui, au lieu d'être simplement déclaratif, est constitutif de l'état.

Cas ou l'action est réservée a certaines personnes. — Il arrive parfois qu'une disposition spéciale de la loi réserve à une personne déterminée le droit d'agir pour faire juger la question. En pareil cas, ce qui est jugé pour elle ou contre elle produit nécessairement un effet absolu, puisque aucune autre personne ne peut soulever à nouveau le débat. C'est ce qui arrive pour l'*action en désaveu* (art. 312 et suiv.), par laquelle le mari rejette la présomption de paternité qui lui attribue comme légitime l'enfant de sa femme. Ce cas est, sinon *le seul de ce genre*, du moins le *principal*, et il est à remarquer qu'il servait déjà d'exemple à nos anciens auteurs pour leur théorie du contradicteur légitime. Comp. ci-dessous, n° 888.

Cas ou le jugement est constitutif de l'état. — Certains jugements, au lieu d'avoir un *caractère purement déclaratif*, sont en réalité *constitutifs de l'état*, c'est-à-dire qu'ils donnent aux parties une situation juridique nouvelle. Il y a une bonne raison pour que le principe de l'autorité relative de la chose jugée ne s'applique pas à ces jugements : ils ne sont pas des actes de pure *juridiction*, destinés à mettre fin à un litige. Le juge ne se borne pas à déclarer la vérité, discutée entre les parties : il crée un état nouveau. Ces jugements sont donc des *actes d'autorité*, que les magistrats accomplissent en vertu d'un pouvoir spécial, analogue à l'*imperium* des Romains. Ce sont de véritables *actes juridiques*, créateurs de droits, et il faut les traiter comme tels en leur donnant une autorité absolue. Puisqu'ils

(1) Certains inconvénients sont cependant graves. Supposez qu'un enfant ait été attribué par un premier jugement à une personne reconnue en être le père. Les auteurs lui permettent de réclamer une autre filiation (Merlin, *Répert.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 10. — *Contrà*, Cass., 8 prairial an VII ; Dalloz, *Répert.*, v° Chose jugée, n° 277). Il se peut qu'un second jugement attribue pour père à l'enfant une personne différente de la première. Dès ors naissent des difficultés insolubles pour la puissance paternelle, le consentement au mariage, etc. Heureusement cette hypothèse est purement théorique et ne s'est jamais présentée en pratique.

conférent une qualité nouvelle, ils la donnent nécessairement à l'égard de tout le monde, comme pourrait le faire un décret de naturalisation ou un acte d'émancipation (1). Il n'y a *aucune contradiction* à admettre à la fois l'application du principe aux jugements déclaratifs rendus en matière d'état et à l'écarter pour les jugements constitutifs de l'état (2).

Quels sont les jugements qui rentrent dans cette catégorie? Ordinairement on en cite seulement *cinq espèces* : les jugements prononçant un *divorce*, une *séparation de corps* ou une *séparation de biens* ; ceux qui frappent un aliéné *d'interdiction* ; ceux qui nomment un *conseil judiciaire* à un prodigue ou à un faible d'esprit. J'estime qu'il y a lieu d'en ajouter une *sixième catégorie* : ceux qui prononcent l'*annulation d'un mariage*. En ce qui les concerne la question sera étudiée à propos du mariage.

450. Réfutation d'une opinion nouvelle. — On a imaginé de soutenir que l'art. 1351, qui formule le principe de l'autorité relative des jugements, était *inapplicable aux questions d'état*. Le motif que l'on donne est que cet article est placé dans le livre III du Code civil, au milieu des dispositions qui réglementent la preuve pour les *droits pécuniaires* ou *patrimoniaux*. Quant aux actions d'état, il existe pour elles un *système spécial de preuves* (art. 194-200 ; art. 319-330 ; art. 339-342), qui doit, dit-on, *se suffire à lui-même*. — L'art. 1351 étant écarté, on en conclut que l'interprète est libre et qu'il faut décider, *pour chaque question*, si le jugement doit avoir une autorité absolue ou une autorité relative. Mais voici le résultat singulier de l'examen auquel on s'est livré sur les différentes questions d'état : l'autorité absolue n'est admise par les partisans de cette opinion que pour une seule catégorie de jugements, ceux qui prononcent la nullité d'un mariage. Pour tous les autres, on réintroduit, comme conforme à l'équité, le principe de l'art. 1351 que l'on avait d'abord éliminé (P. DE LOYNES, note dans DALLOZ, 91. 2. 153. — CHÉNEAUX, *De l'autorité de la chose jugée dans les questions d'état*... thèse, Bordeaux, 1895).

On voit que cette opinion nouvelle rejette le principe de l'art. 1351, *uniquement* pour l'écarter quand il y a annulation d'un mariage. Là est son grand vice, car elle n'explique pas pourquoi l'art. 1351 est inapplicable, d'une manière si spéciale, à cette catégorie de jugements.

CHAPITRE V

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

451. Bibliographie. — *Histoire.* — BERRIAT-SAINT-PRIX, *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, 2e édit., Paris, 1842. — TAILLANDIER, *Notices historiques sur les anciens registres de l'état civil* (Soc. de l'Hist. de France, *Annuaire*, 1847). — MERLET, *Études sur les anciens registres de l'état civil*, Chartres, 1861. — H. DE FONTENAY,

(1) L'exception concernant les jugements constitutifs de l'état a été proposée pour la première fois par Merlin (*Répertoire*, v° Question d'état, § 3, art. 1er) et admise après lui sans difficulté (DEMOLOMBE, t. V, n° 320).

(2) La question ne se pose que pour les jugements qui interviennent après un débat contradictoire et qui par suite ont un caractère *contentieux*. Il n'y a aucun doute pour les actes dits de *juridiction gracieuse*, comme l'homologation d'une adoption ; ceux-ci ont sans conteste une autorité absolue, parce que rien n'a été débattu ni *jugé*. Ce sont des actes d'administration civile, qui n'ont du jugement que la forme.

Recherches sur les actes de l'état civil aux XIVe *et* XVe *siècles* (Bibl. de l'École des Chartes, 1869). — P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 2e édit., p. 454-459, et les auteurs cités par lui.

Droit moderne. — Il existe sur cette matière un grand nombre de *manuels, formulaires et guides pratiques*, dépourvus pour la plupart de valeur scientifique. Voyez DRAMARD, *Bibliographie*, nos 310 à 345. Les principaux sont ceux de RIEFF, *Commentaire sur la loi des actes de l'état civil* (2e édit., 1844), et de MERSIER, *Traité théorique et pratique des actes de l'état civil* (Paris, 1873 ; 2e édit., 1892).

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

****452. Définition.** — On appelle « actes de l'état civil » des *actes authentiques destinés à fournir une preuve certaine de l'état des personnes.* Ces actes sont *inscrits sur des registres publics*, tenus dans chaque commune par des fonctionnaires appelés *officiers de l'état civil.*

***453. Utilité.** — L'utilité de ces registres et des actes qu'ils contiennent est multiple. L'*État* y trouve une ressource de premier ordre pour l'administration et pour la police ; les listes électorales, les contrôles de l'armée, la justice civile et criminelle, ont pour base les registres de l'état civil. L'*individu* lui-même possède en eux une preuve facile de sa propre situation. Enfin les *tiers*, qui traitent avec lui, y trouvent la sécurité de leurs relations d'affaires, car ils ont besoin de savoir s'il est majeur ou mineur, célibataire ou marié, etc., toutes choses que les registres leur révéleront sûrement. A tous ces points de vue, rien ne pourrait les remplacer. Que deviendraient toutes les affaires, tant publiques que privées, si l'on en était réduit, pour tous les faits de l'état civil, à des témoignages, toujours suspects, aux souvenirs à demi effacés des intéressés eux-mêmes, ou à des écrits privés ne présentant aucune garantie de sincérité?

A. — Critique de l'organisation actuelle.

454. Insuffisance d'organisation. — Pour rendre tous les services dont ils sont susceptibles, les registres de l'état civil devraient être organisés d'une manière complète. Ils devraient contenir la constatation de tous les faits et actes qui créent ou modifient l'état des personnes. Or il s'en faut de beaucoup qu'ils en présentent le tableau entier.

D'abord tout ce qui concerne l'*état politique* (nationalité, déchéances par suite de condamnations pénales) échappe à ce mode de publicité. Ceci peut justifier la qualification d'*état civil* donnée aux registres. — Au moment où a été rédigé le Code civil, il existait en outre, d'après la Constitution de l'an VIII, des *registres civiques*, sur lesquels chaque Français du sexe masculin devait se faire inscrire pour acquérir la qualité de *citoyen* (voyez ci-dessus, no 425) et pour exercer ses droits politiques.

Même pour l'état *civil* proprement dit, ou état *privé*, les registres ne révèlent que très imparfaitement la condition des personnes. Dans le titre qu'il leur consacre, le Code ne réglemente comme actes de l'état civil que ceux qui constatent les *naissances*, les *mariages* et les *décès*. Mais il y en a dans la réalité beaucoup d'autres. Il en est d'abord quelques-uns qui ont été institués par des articles placés dans le Code plus loin que le titre des actes de l'état civil. Tels sont : 1o le *divorce* (art. 294 anc., 251 nouv.) ; 2o l'*adoption* (art. 359). On peut

y ajouter la *reconnaissance d'un enfant naturel*, mentionnée dans l'art. 62. Toutefois, pour cette dernière, il faut remarquer qu'elle ne revêt pas nécessairement la forme d'un acte de l'état civil ; elle peut se faire d'une manière générale *par acte authentique* (art. 334), et elle est fréquemment reçue par un notaire.

Tous les autres faits de la vie civile ont leurs modes de preuve particuliers et ne sont pas inscrits sur les registres municipaux. L'*émancipation*, qui se fait toujours devant le juge de paix, est constatée par le greffier sur les registres de la justice de paix. L'*interdiction*, la *nomination d'un conseil judiciaire*, la *séparation de corps*, la *séparation de biens* résultent de jugements ou d'arrêts qui sont conservés au greffe du tribunal ou de la Cour, et qui reçoivent une publicité particulière. La *reconnaissance d'un enfant naturel* peut être reçue par un notaire, auquel cas elle reste secrète.

***455. Cause historique de ces lacunes.** — Si les registres de l'état civil sont aussi incomplets, *cela s'explique par l'histoire*. On s'est borné à séculariser les registres tenus dans les *paroisses catholiques* pour les transporter à la mairie et les confier aux officiers municipaux. Or le clergé paroissial, qui employait ces registres pour sa comptabilité et pour les questions d'ordre religieux, n'avait à tenir compte que de trois sortes de cérémonies : les *baptêmes*, les *mariages* et les *enterrements* qui s'accomplissaient dans ses églises. De là sont sortis nos trois actes primordiaux de l'état civil : naissance, mariage et décès. Mais le législateur civil aurait pu et dû faire davantage.

456. Circonstances aggravant le vice de l'institution. — L'insuffisance du système actuel ne tient pas seulement au *trop petit nombre d'actes* inscrits sur les registres ; elle est encore *aggravée par leur dispersion*. Il arrive très souvent que les actes de naissance, de reconnaissance, d'adoption, de mariage, de divorce, de décès concernant la même personne sont disséminés dans autant de départements différents qu'il y a d'actes, et il n'existe en général aucun lieu entre eux, sauf les renvois faits en certains cas d'un acte à l'autre au moyen de *mentions en marge*. Hors ces cas, pour se référer de l'un à l'autre, il faut savoir que chacun d'eux existe, où il se trouve, et quelle en est la date ; c'est dire que pour se renseigner à l'aide des registres, il faut déjà posséder des renseignements sur ce qu'ils contiennent.

457. Améliorations possibles. — Il existe, à côté des registres de l'état civil, une institution analogue qui nous présente le modèle d'après lequel ces registres pourraient être réorganisés. C'est le *casier judiciaire*, institution originale sortie des archives criminelles. Voici, en peu de mots, ce que c'est. Pour apprécier la culpabilité d'un individu et pour déterminer la peine qui lui est applicable, on a grand intérêt à savoir s'il n'a pas déjà subi une ou plusieurs condamnations. Dès 1808, les art. 600-601 du Code d'instruction criminelle avaient ordonné aux greffiers des tribunaux correctionnels et des cours d'assises de prendre note des noms, prénoms, profession, etc., de tous les individus condamnés dans leur ressort, et d'envoyer tous les trois mois ces renseignements à Paris, où ils devaient être centralisés au ministère de la justice. Mais au bout de peu de temps, il en résulta une telle accumulation de matériaux en désordre qu'on n'en pouvait tirer parti. Ce fut seulement en 1850 que des circulaires ministérielles commencèrent à organiser le casier judiciaire, tel qu'il existe actuellement. Un magistrat, M. Bonneville, en avait donné l'idée première en 1848 (sur l'histoire de cette institution, voir *Grande encyclopédie*, v° Casier judiciaire). L'idée mère du système est la répartition de tous les renseignements dans les greffes des tribunaux civils, *d'après le lieu de naissance de chaque condamné*. Un bureau central est établi à Paris pour les individus nés hors de France, ou dont le lieu de naissance est inconnu. Dans chaque endroit, les renseignements sont classés selon l'ordre alphabétique des noms. Avec ce système, les recherches sont très faciles : on trouve vite, soit dans l'arrondissement natal de l'individu, soit à Paris, la liste des condamnations qu'il a pu subir.

Il serait facile d'organiser quelque chose d'analogue pour tous les événements qui modifient l'état civil d'une personne, en créant dans son arrondissement natal, et à défaut à Paris, un *casier civil*, donnant la liste de tous les faits survenus depuis sa naissance, au moyen de fiches et de dossiers mobiles, classés par ordre alphabétique. On obtiendrait les mêmes avantages que ceux du casier judiciaire, et cela *sans modifier aucune des institutions actuelle-*

ment existantes. Il suffirait d'obliger les notaires et les greffiers, lorsqu'ils dressent un acte ou transcrivent un jugement modifiant l'état civil d'une personne, d'en faire parvenir l'avis à l'endroit voulu, dans un bref délai.

458. Propositions et commencement de réforme. — L'idée d'organiser le casier civil est déjà vieille (L. D'ALBIOUSSE, *Revue pratique*, 1860, t. IX, p. 457; 1862, t. XIV, p. 362. — Comp. DRAMARD, n° 346). Diverses propositions ont été faites aux Chambres dans ce but en 1883, en 1885 et en 1887 (Rapport de M. Canivet, *Journal officiel*, séance du 17 février 1887), et la question a été étudiée à nouveau (RAYNALD PETIET, *De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes*, *Revue critique*, 1887. — LOUIS THEUREAU, *Comptes rendus de l'Académie des Sciences morales*, 1892, I, p. 681).

Quelques dispositions de détail ont déjà ébauché, dans une faible mesure, la réforme à faire. Dès 1803, l'art. 62 voulait que la *reconnaissance d'un enfant naturel* fût non seulement inscrite à sa date sur les registres, mais en outre *mentionnée en marge de l'acte de naissance*, quand il en existe un. D'après l'art. 251 nouveau (texte de 1886), *l'acte de divorce* est de même *mentionné en marge de l'acte de mariage.* Ces deux mesures établissent déjà un lien entre des actes qui sont connexes et elles permettent de se référer de l'un à l'autre.

D'un autre côté, la loi du 16 mars 1893, complétant l'art. 501, a organisé pour les *jugements d'interdiction* un système de registres spéciaux au greffe de chaque arrondissement, d'après le lieu de naissance des individus, avec un registre central à Paris, tout à fait semblable à celui du casier judiciaire de la justice criminelle. C'est un premier pas vers l'institution du casier civil, mais il reste encore beaucoup à faire dans cette voie.

Enfin la loi du 17 août 1897, faisant un pas de plus, a ordonné : 1° qu'il serait fait *mention de tout mariage* contracté par une personne, *en marge de son acte de naissance* (art. 76, al. final), ce qui est fort utile soit pour empêcher le crime de bigamie, soit pour reconnaître l'incapacité des femmes mariées; 2° que la *légitimation* d'un enfant serait mentionnée, de même en marge de son acte de naissance (art. 331, al. 2).

Nous nous acheminons ainsi, peu à peu, vers un système centralisant au lieu de naissance de chaque personne tous les renseignements concernant son état civil. — Sur les dangers pratiques que présente l'encombrement des registres par l'accumulation des mentions en marge, voyez les observations de M. Édouard Lévy à la Société d'études législatives (*Bulletin*, 1912, p. 223).

B. — Histoire de l'état civil.

459. Origine des registres de l'état civil. — Les divers moyens employés dans l'antiquité pour établir et conserver la preuve des naissances et des décès n'ont aucun lien historique avec l'institution moderne des registres. Ceux-ci doivent leur origine au clergé catholique. Les registres des *baptêmes* paraissent avoir été tenus assez tard (Statuts de l'évêque de Nantes, Henri le Barbu, de 1406). Le but de leur institution était d'assurer le respect des prescriptions canoniques qui défendaient le mariage entre parents. Les généalogies n'étant pas établies, des parents au degré prohibé se mariaient dans l'ignorance de leur parenté.

L'origine des registres de *mariages* et de *décès* est différente et plus ancienne. La coutume étant de faire une offrande aux curés pour les mariages et les enterrements, ceux-ci se mirent à tenir une sorte de livre de comptes, où ils inscrivaient les sommes touchées, et surtout celles qui leur étaient encore dues. Les plus anciennes écritures de ce genre qui nous sont parvenues appartiennent à la Bourgogne et datent des premières années du XIVe siècle (*Bibliot. de l'École des chartes*, 6e série, t. V, p. 546-547).

460. Réglementation des registres par la royauté. — Ces registres, tout imparfaits qu'ils étaient, rendirent de grands services, non seulement aux curés, mais à tous, dans un temps où on en était réduit ordinairement à la mémoire incertaine et aux déclarations suspectes des témoins. Beaucoup de gens ignoraient leur âge, surtout les vieillards, et on voit sur les anciens manuscrits de livres d'heures, de romans, de coutumes, que les pos-

sesseurs y inscrivaient souvent la date de la naissance de leurs enfants pour en conserver le souvenir.

L'emploi des registres paroissiaux devint donc de plus en plus fréquent ; mais ils avaient besoin d'être réglementés. Les écritures étaient souvent mal tenues et en désordre. Parfois on se passait de registres et on se contentait de feuilles volantes, qui n'offraient aucune garantie de durée. Les rois intervinrent. L'ordonnance de *Villers-Cotterets* en 1539 décida d'une manière générale qu'il serait tenu un registre des *baptêmes*, contenant le temps et l'heure de la « nativité », et que ces registres feraient pleine foi (art. 51). Mais cette ordonnance, qui exigeait le visa d'un notaire, souleva l'opposition du clergé et fut mal observée. En 1563, le *concile de Trente* s'occupa à son tour des registres de baptême : il prescrivit aussi la tenue d'un registre pour les *mariages*. L'ordonnance de *Blois*, de 1579, s'occupa pour la première fois des trois espèces de registres, pour les *baptêmes*, *mariages* et *enterrements* (art. 181). La grande ordonnance de 1667 sur la procédure civile entra dans de longs détails sur la tenue des registres, et beaucoup de ses dispositions subsistent encore. C'est elle qui introduisit l'usage de tenir les registres en *double*, mais par original, et par copie. Le *double original* ne date que de 1736 (déclaration du 9 avril). L'un devait rester à la paroisse ; l'autre était déposé au greffe du bailliage. On le voit : depuis le XVIe siècle, cette matière n'a pas cessé d'être régie par les ordonnances royales, offrant ainsi un remarquable exemple d'immixtion de l'autorité civile dans les affaires de l'Église.

461. État civil des protestants. — Ces prescriptions multipliées eurent pour résultat d'adapter les registres paroissiaux au rôle nouveau qu'ils avaient désormais à remplir. Néanmoins l'institution eut toujours un vice grave : tenus par le clergé, les registres ne pouvaient servir que pour les catholiques ; les personnes qui appartenaient aux autres cultes n'en profitaient pas. Les pasteurs protestants avaient bien l'habitude, à l'imitation du clergé catholique, de conserver sur des registres la preuve écrite des naissances, mariages et décès de leurs coreligionnaires, mais ces écritures, n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation administrative, n'avaient aucune valeur légale. Elles devinrent même impossibles lorsque l'exercice public du culte « prétendu réformé » fut interdit en France (1685). Toutefois, malgré les rigueurs de la persécution, les protestants continuèrent en fait à pouvoir prouver la date de leur naissance et le décès de leurs parents. Les nécessités de la pratique imposaient sur ce point la tolérance aux Parlements. Ce ne fut guère que pour les mariages que la situation des protestants devint pénible, parce qu'ils refusaient de s'adresser au clergé catholique. On les vit recourir à toutes sortes de supercheries. Par exemple après la célébration d'un mariage selon les rites de la religion réformée, on délivrait aux époux un certificat portant les noms d'une paroisse et d'un curé imaginaires. EXEMPLE : « Nous, Antoine Daule, curé de Nullancourt, attestons à qui il appartiendra... » (SOPHRONYME BEAUJOUR, *Histoire de l'Église réformée de Caen*, 1877, p. 463). Ces certificats ne ressemblaient en rien aux actes de mariage délivrés par les curés catholiques.

En novembre 1787, Louis XVI, en rendant aux réformés le libre exercice de leur culte, leur rendit en même temps un état civil régulier. Leurs naissances, mariages et décès, furent constatés par les officiers de la justice royale du lieu. Ce fut la première apparition en France d'*officiers laïques* chargés de constater l'état des particuliers. Un arrêt du Conseil des dépêches, du 15 septembre 1685, avait bien autorisé les protestants à contracter mariage devant les officiers de justice ; mais cet arrêt, qui ne précéda que de quelques semaines la révocation de l'édit de Nantes, n'avait reçu aucune exécution.

462. Sécularisation des registres. — L'idée de séculariser l'état civil s'était dégagée au XVIIIe siècle ; elle naquit du spectacle des injustices qu'entraînait l'intolérance religieuse. Elle aboutit pendant la Révolution. L'Assemblée constituante décida que les naissances, mariages et décès de tous les habitants, sans distinction, seraient constatés par des officiers publics chargés d'en recevoir et d'en conserver les actes (Constitution de 1791, tit. II, art. 7). Ce n'était encore qu'une promesse. L'Assemblée législative réalisa la réforme : elle confia la tenue des registres aux municipalités et décida qu'à l'avenir les registres municipaux feraient seuls foi en justice (L. 20-25 septembre 1792).

Le clergé paroissial a continué à tenir ses registres, mais ceux-ci ont repris leur rôle pri-

mitif : ils ne servent plus que devant l'autorité ecclésiastique. Toutefois ils conservent encore leur force probante pour les naissances, mariages et décès antérieurs à la loi de 1792, et cela par application du principe de non-rétroactivité des lois.

§ 2. — *Des officiers de l'état civil.*

***463. Qui est officier de l'état civil.** — Le Code Napoléon ne dit pas à qui appartient la qualité d'officier de l'état civil ; il se réfère sur ce point aux lois administratives. Depuis 1792, la mission de dresser les actes et de tenir les registres a toujours appartenu aux *municipalités* (L. 20-25 sept. 1792, sur l'état civil, tit. I, art. 1 : L. 28 pluviôse an VIII, sur l'administration de la République, art. 13 ; LL. sur l'organisation municipale, 18 juillet 1837, art. 9, et 5 avril 1884, art. 92).

D'après la loi de 1792, le Conseil communal élisait un ou plusieurs de ses membres, spécialement chargés de ces fonctions ; l'officier de l'état civil était donc *distinct du maire*. La loi du 28 pluviôse an VIII a supprimé les officiers spéciaux de l'état civil, et attribué leurs fonctions aux *maires* (art. 13).

Si les maires ont encore la qualité d'officier de l'état civil, c'est toujours en vertu de la loi de l'an VIII, car les lois municipales postérieures ne se sont occupées que des fonctions administratives des maires, et ont laissé de côté l'état civil, en se bornant à dire que les maires continueraient à exercer « les fonctions spéciales qui leur sont attribuées par les lois » (L. 5 avril 1884, art. 92-3°).

Suppléance du maire. — En cas d'absence ou d'empêchement, le maire est remplacé, comme officier de l'état civil, d'abord par les *adjoints*, dans l'ordre des nominations ; à défaut d'adjoints, par un *conseiller municipal* pris dans l'ordre du tableau (L. 5 avril 1884, art. 81 et 84). En outre, le maire jouit du droit de *déléguer* ses fonctions à un adjoint ou, à défaut, à un conseiller municipal, *sans être astreint à suivre un ordre déterminé* (même loi, art. 82). Voyez Cass., 7 août 1883, D. 84. 1. 5, S. 84. 1. 5.

***464. Fonctions de l'officier de l'état civil.** — Les officiers de l'état civil ne sont pas seulement chargés de dresser les actes, c'est-à-dire de les écrire et de les faire signer ; ils doivent en outre :

1° Vérifier le fait de la naissance (art. 55) ou du décès (art. 77) ;

2° Procéder aux publications et à la célébration des mariages ;

3° Veiller à la conservation des registres déposés à la mairie ;

4° En délivrer les copies ou extraits à tout requérant.

Mais ils n'ont *aucune juridiction* : ainsi ils ne sont pas juges de la validité des oppositions à mariage qui leur sont signifiées, ni même de leur régularité en la forme.

***465. Compétence.** — Leur compétence est *territoriale*. Par suite, ils ne peuvent dresser un acte valable en dehors du territoire de leur commune ; mais, en revanche, ils ont qualité pour constater tous les faits qui se passent sur ce territoire.

Faut-il en conclure qu'il n'y a pas à tenir compte du lieu où se trouve le domicile des parties intéressées? On le dit souvent, mais c'est une erreur. Il est impossible de donner une

réponse unique ; cela dépend de la nature des actes. L'acte de naissance et l'acte de décès sont reçus dans la commune où l'enfant est né, où le défunt est mort, quel que soit le lieu de leur domicile. La reconnaissance d'un enfant naturel peut être reçue partout. Mais les actes de *mariage* et de *divorce* doivent être dressés par l'officier du domicile de l'un des époux ; l'acte d'*adoption* doit l'être par l'officier du domicile de l'adoptant. Le domicile détermine donc la compétence dans trois cas sur dix.

466. Obligation de procéder. — La mission de l'officier de l'état civil étant indispensable, *il ne peut pas refuser son ministère quand il en est requis.* On a vu cependant en 1896 un maire catholique d'un département breton s'obstiner à ne pas célébrer un mariage parce que l'un des futurs époux avait contracté une précédente union, dissoute par le divorce. Les journaux s'occupèrent de cet incident, qui se prolongea un certain temps. Le remède est dans la loi municipale de 1884, art. 85 : Lorsque le maire refuse ou néglige de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder par lui-même ou par un délégué spécial.

467. Cas où l'officier doit s'abstenir. — La loi n'a pas songé à interdire aux officiers de l'état civil de recevoir un acte dans lequel un de leurs *parents* ou *alliés* serait intéressé. Ils sont donc libres de le faire. Une circulaire du garde des sceaux du 21 juillet 1818, leur a bien prescrit de s'abstenir quand il s'agit de *leurs propres enfants* (Dalloz, *Répert.*, v° Actes de l'état civil, n° 38), mais si cette sage recommandation était violée, l'acte ne serait pas nul.

La même circulaire leur défend en outre de dresser un acte dans lequel ils seraient *eux-mêmes intéressés* en qualité de partie, de déclarant ou de témoin. Une pareille confusion de rôles serait étrange. Voit-on un maire se mariant lui-même ! Et cependant la loi est muette ici encore ; mais il y a des choses qu'un législateur n'a pas besoin de dire. De l'avis général, la nullité s'imposerait et il y a une *incompatibilité naturelle* entre les fonctions d'officier de l'état civil et la comparution dans l'acte comme partie, déclarant ou témoin. Un maire qui veut se marier dans sa commune doit donc faire célébrer son mariage par un adjoint.

***468. Caractère judiciaire des fonctions de l'état civil.** — En leur qualité d'officiers de l'état civil, les maires et adjoints sont des *agents de l'ordre judiciaire* (1). Ils relèvent du procureur de la République, du procureur général et du ministère de la justice, tandis que pour leurs fonctions ordinaires qui consistent à administrer la commune, ils sont des *agents de l'ordre administratif* et se trouvent placés comme tels sous la surveillance et l'autorité du préfet et du ministre de l'intérieur.

§ 3. — *Des registres de l'état civil et de leurs extraits.*

***469. Motifs de la tenue des registres.** — Les actes de l'état civil doivent être écrits sur des *registres* (art. 40). Il est interdit de les écrire sur des feuilles volantes, qui s'égareraient trop facilement. L'inscription sur des registres est le moyen que la loi emploie, quand elle veut assurer la conservation d'actes destinés à la publicité et qui sont par suite fréquemment consultés. L'enregistrement, la transcription, l'inscription des hypothèques, les renonciations à succession, les acceptations sous bénéfice d'inventaire

(1) Ils ne sont pas pour cela, comme on le dit quelquefois, des *officiers de police judiciaire.* D'après le Code d'instruction criminelle (art. 8), la police judiciaire est celle qui recherche les crimes, délits et contraventions ; elle en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux. Les maires figurent parmi les officiers de police judiciaire (même Code, art. 9), mais les fonctions qu'ils remplissent à ce titre n'ont rien de commun avec l'état civil.

se font sur des registres. Il en est autrement des actes reçus par les notaires, parce qu'ils sont destinés à rester secrets ; leur conservation est assurée par d'autres moyens.

***470. Sanction.** — La nécessité d'écrire les actes de l'état civil sur des registres est sanctionnée par des *peines sévères* (art. 192 C. pén.), et par les *dommages-intérêts* qui peuvent être dus en partie.

***471. Leur forme.** — Les registres sont en *papier timbré*. Pour éviter les fraudes, la loi veut que leurs feuillets soient *cotés* par premier et dernier, et *paraphés* par le président du tribunal, ce qui prévient toutes suppressions, additions et substitutions de feuillets. A la fin de chaque année, les registres sont *clos et arrêtés* par l'officier de l'état civil, qui écrit la mention de clôture immédiatement après le dernier acte inscrit, de façon à empêcher l'addition d'actes supposés.

472. Leur nombre. — La loi de 1792 voulait qu'il y eût dans chaque commune un registre pour les naissances, un second pour les mariages, un troisième pour les décès. Cette disposition, destinée à faciliter les recherches, avait des inconvénients. Dans les petites communes, quelques feuilles de papier suffisent pour tout contenir, et les trois registres étaient vraiment du luxe. Des maires de campagne s'y embrouillaient, se trompaient de registres ; d'autres, après avoir rempli le registre des naissances, inscrivaient les nouvelles naissances sur le registre des décès, ou réciproquement. Il fallut y renoncer. Le Code civil permet de n'avoir dans les communes de peu d'importance qu'un seul registre au lieu de trois (art. 40 : sur *un* ou plusieurs registres). C'est le président du tribunal qui apprécie s'il y a lieu d'en délivrer trois ou un seul.

En tous cas, le registre unique ou les trois registres doivent être *tenus doubles* (art. 40). Le même acte est donc rédigé et signé deux fois, non pas par original et par copie, mais en *double original*. Cette rédaction en double est utile pour multiplier les chances de conservation des actes. A la fin de l'année, l'un des doubles est déposé aux archives de la commune ; l'autre est envoyé au greffe du tribunal civil de l'arrondissement. De la sorte, si l'un des deux bâtiments brûle, l'autre dépôt permet de reconstituer les actes perdus, tandis que sans cette précaution il ne resterait plus rien (1).

Il n'y a qu'un seul registre qui ne soit pas soumis à cette formalité du double : c'est le registre des publications de mariage, sur lequel on inscrit aussi d'une manière sommaire les oppositions à mariage. Ces documents étant inutiles à conserver après la célébration des mariages, le registre qui les contient est tenu simple (art. 63 et 67).

473. Vérification des registres. — D'après l'art. 53, complété par l'ordonnance du 26 novembre 1823, le double exemplaire de chaque registre doit être vérifié par le *procureur de la République* de l'arrondissement, après sa clôture, dans les quatre premiers mois de chaque année. Un procès-verbal sommaire est dressé, et, s'il y a lieu, les peines portées par la loi sont requises contre l'officier en faute.

474. Tables. — Les actes étant insérés dans les registres sans aucun ordre, à mesure que les déclarations sont faites, on a dû se préoccuper de dresser des tables alphabétiques d'après les noms des parties. Un décret du 20 juillet 1807 y a pourvu. Il y a deux sortes de tables : les unes sont *annuelles*, dressées par l'officier de l'état civil, dans le mois qui suit la clôture du registre ; les autres sont *décennales*, dressées par le greffier en triple exemplaire pour être déposées au greffe, à la mairie et à la préfecture.

***475. Lieux de dépôt.** — Lorsque l'année est écoulée et que les registres

(1) Les incendies allumés dans Paris en mai 1871, au moment de la défaite de la Commune, ont pourtant rendu inutile cette mesure de précaution. Le Palais de Justice, qui contenait les registres déposés au greffe du tribunal de la Seine, et l'Hôtel de Ville, qui contenait les archives municipales, furent tous deux brûlés. La même calamité avait déjà frappé la ville de Soissons à la fin des guerres du premier Empire (Ord. 9 janvier 1815).

sont clos, l'un des doubles est déposé aux archives de la mairie, l'autre est envoyé au greffe du tribunal civil de l'arrondissement (art. 43).

Il y a d'autres lieux de dépôt spéciaux pour certaines catégories de registres. Les registres paroissiaux conservés dans les greffes des bailliages avant 1792 ont été déposés dans les archives des préfectures. L'un des doubles des registres tenus entre le mois de septembre 1792 et le 30 ventôse an XI (promulgation des art. 34-101 C. civ.) est également conservé dans les archives départementales. Enfin les ministères de la marine, de la guerre et des affaires étrangères conservent les actes reçus hors du territoire et envoyés en France pour y être transcrits.

****476. Publicité des registres.** — Les registres de l'état civil sont faits pour être à la disposition du public. Ce n'est pas que les particuliers aient le droit de les parcourir, mais ils peuvent obtenir copie d'un acte quelconque sans avoir à justifier d'aucun intérêt, et sous la seule obligation d'acquitter un droit très minime (art. 45). Les actes notariés, au contraire, doivent rester secrets. Seules, les parties qu'ils intéressent peuvent obtenir communication de la minute ou s'en faire délivrer des extraits ou des expéditions. La raison de cette différence est que la sécurité des conventions exige que celui qui traite avec une personne puisse être renseigné avec certitude sur son état et sa capacité, tandis que les actes notariés contiennent des conventions que les tiers, en général, n'ont aucun intérêt à connaître. Dans les cas exceptionnels où cet intérêt existe, la loi organise une publicité particulière. Elle l'a fait pour les contrats de mariage (L. 10 juillet 1850) et pour les ventes d'immeubles (L. 23 mars 1855).

Restriction en faveur des enfants naturels. — Le principe de publicité, qui est l'essence et le mérite principal de toute l'organisation de nos registres de l'état civil, a subi une restriction considérable par l'effet de la loi du 30 novembre 1906. Les enfants naturels sont exposés à des ennuis et à des humiliations toutes les fois qu'il leur faut produire leur acte de naissance qui révèle l'irrégularité de l'union de leurs parents. Afin de diminuer, dans la mesure du possible, cette infériorité résultant d'une faute qui n'est pas la leur, on a limité, en ce qui les concerne, la publicité des registres de l'état civil, au moyen de dispositions contenues dans plusieurs alinéas ajoutés à l'art. 57. Les tiers ne peuvent plus obtenir la *copie entière* des actes de naissance d'un enfant quelconque ; on ne leur délivre qu'un *extrait incomplet*, indiquant seulement : 1° l'année, le jour, l'heure et le lieu de la naissance ; 2° le sexe de l'enfant ; 3° les prénoms qui lui ont été donnés ; 4° les noms, prénoms, professions et domiciles de ses père et mère. On a voulu par là supprimer les investigations inutiles de tiers mal intentionnés qui se faisaient délivrer un acte de naissance par pure curiosité et y trouvaient la preuve d'une filiation illégitime.

Depuis le mois de décembre 1906, peuvent seuls obtenir la copie entière d'un acte de naissance : 1° le procureur de la République ; 2° l'enfant lui-

même ; 3° ses ascendants ou descendants (1) ; 4° son tuteur ou représentant légal. Quant aux *tiers* qui auraient besoin, pour leurs intérêts personnels d'avoir une copie entière, ils ne peuvent l'obtenir qu'avec une autorisation délivrée sans frais par le juge de paix du canton où l'acte a été reçu et sur la demande écrite de l'intéressé.

Critiques. — Cette loi a été inspirée par une bonne pensée; mais elle a manqué presque entièrement son but, parce que ce but est irréalisable, étant contraire au système de publicité qui est la raison d'être des registres de l'état civil. D'un autre côté, elle a créé des inconvénients nouveaux, au détriment des enfants légitimes et du public. On ne peut pas empêcher un enfant légitime de prouver la régularité de l'union de ses parents, et le seul fait de produire un extrait incomplet sera désormais un aveu d'illégitimité. De plus, les copies incomplètes, créées par la loi du 30 novembre 1906, continueront à révéler l'origine des enfants naturels, dont la plupart ne sont pas reconnus ou ne le sont que par leur mère : le silence sur le nom des parents, ou de l'un d'eux, sera significatif. — Enfin on rend inutile la publicité prévue par la loi pour les légitimations ; et, comme on n'a pas supprimé (ce qui serait une chose impossible) la publicité des actes de mariage, ou des actes de reconnaissance d'enfant naturel, les mêmes effets fâcheux continueront à se produire. Faudra-t-il donc en arriver à interdire aux enfants légitimes de faire preuve de la régularité de leur situation pour ne pas humilier les autres? Déjà certains auteurs proposent de restreindre la publicité des actes de mariage et de ne plus mentionner le nom des parents dans les extraits de naissance. Il serait plus simple et plus sûr de supprimer les actes de l'état civil.

***477. Des copies et extraits des registres.** — Les copies délivrées au public s'appelaient primitivement *extraits*. Quand il s'agit d'actes notariés, on appelle « extrait » une copie partielle qui ne comprend que les passages utiles à communiquer ; les copies entières s'appellent *expéditions*. Les anciens « extraits » de l'état civil contenaient, au contraire, la copie entière de l'acte demandé. C'étaient de véritables expéditions, et si on les appelait « extraits », c'était pour rappeler qu'elles étaient tirées d'un registre, dans lequel l'original figurait parmi beaucoup d'autres. On avait donc un extrait non pas de l'acte, mais du registre. Depuis la loi du 30 novembre 1906, analysée au n° précédent, on donne le nom de *copies* aux extraits complets délivrés selon les anciennes règles et on réserve le nom d'*extraits* aux extraits incomplets délivrés pour les actes de naissance, par application des nouvelles dispositions de l'art. 57.

Ces copies et extraits peuvent être demandés à l'un ou à l'autre des deux dépôts des registres, ce qui est encore une facilité de plus pour le public. Au *tribunal*, c'est le *greffier* qui les délivre ; à la *mairie*, c'est l'*officier de l'état civil* lui-même, et non le secrétaire de la mairie, qui n'est qu'un simple employé. Dans les premières années du Code civil, les secrétaires de mairie, se croyant les successeurs des secrétaires des anciennes municipalités, se mirent à délivrer des extraits de l'état civil. Un avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807 le leur a interdit pour l'avenir, tout en validant les extraits abusivement délivrés par eux auparavant.

Les copies et extraits sont délivrés sur papier timbré. Le requérant acquitte, en outre,

(1) La loi ajoute « en ligne directe », comme s'il y avait des ascendants ou des descendants *en ligne collatérale!* Quel déplorable style législatif !

un droit minime qui varie selon la nature des actes et la population de la commune, de 0 fr. 30 à 1 fr. 50 (MERSIER, nº 34).

Les actes de l'état civil, ainsi que les copies et extraits qui en sont délivrés, sont *dispensés de la formalité de l'enregistrement* (L. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 8º).

478. Légalisation. — Quand une copie ou un extrait est demandé, la signature du dépositaire qui le délivre doit être *légalisée* (art. 45). La légalisation est l'attestation de l'authenticité de la signature d'un officier public.

Cette formalité est exigée dans tous les cas pour les extraits de l'état civil, c'est-à-dire quel que soit le lieu où il doive en être fait usage. On verra qu'il en est autrement pour les actes notariés, pour lesquels la légalisation n'est nécessaire qu'autant qu'il doit en être fait usage dans un autre arrondissement. Cela tient à ce que les signatures des officiers de l'état civil ne sont pas aussi connues que celles des notaires.

D'après l'art. 45, la légalisation était donnée, comme pour les actes notariés, par le président du tribunal civil. Une loi du 2 mai 1861 a permis aux juges de paix, dans les cantons autres que celui du tribunal, de légaliser les signatures des officiers de l'état civil. C'est une facilité qui évite des déplacements et des retards.

§ 4. — *Rédaction des actes.*

A. — Règles générales.

1º Personnes qui concourent à la confection de l'acte.

479. Énumération. — La confection d'un acte de l'état civil suppose toujours, outre l'officier municipal, une ou plusieurs autres personnes qui lui fournissent les éléments de l'acte à rédiger. Ces personnes, dont le nombre est variable selon la nature des actes, peuvent jouer trois rôles différents ; elles peuvent être des *parties*, des *déclarants* ou des *témoins*.

***480. Des parties.** — On appelle « partie » la personne que l'acte concerne, c'est-à-dire dont il constate ou modifie l'état, *lorsqu'elle participe elle-même à la confection de l'acte.* Ainsi dans les actes de naissance ou de décès, la personne que l'acte concerne ne figure pas comme partie. Au contraire, les époux sont *parties* à leur acte de mariage.

Les parties peuvent, en général, se faire représenter par un *fondé de pouvoirs*, pourvu qu'il soit porteur d'une procuration *authentique*, c'est-à-dire notariée, et *spéciale* ; un mandat conçu en termes généraux ne suffirait pas (art. 36). Ainsi un père, qui veut reconnaître un enfant naturel, peut donner, par-devant notaires, une procuration à cet effet. Le *mariage* seul fait exception : la *comparution personnelle* des parties y est nécessaire.

Quelquefois même les parties sont dispensées de toute intervention. C'est ce qui a été fait pour l'acte de divorce, qui peut être dressé hors la présence des époux désunis (art. 252, texte de 1886).

***481. Des déclarants.** — Les déclarants sont des personnes qui font connaître à l'officier de l'état civil le fait à constater, *lorsque la personne dont il s'agit*

est hors d'état de le faire elle-même : c'est ce qui arrive pour les *naissances* et les *décès*. Toute personne peut être déclarant : les femmes aussi bien que les hommes ; les étrangers aussi bien que les Français ; la loi n'exige même pas que les déclarants soient majeurs, et il en a été ainsi de tout temps. Voyez cependant ci-dessous, nº 499.

***482. Des témoins.** — Pour rendre les fraudes plus difficiles, la loi exige quelquefois la présence de *témoins*, par exemple pour le mariage et pour les déclarations de naissance. Les témoins servent : 1º à certifier à l'officier de l'état civil l'identité des parties ou des déclarants ; 2º à confirmer l'exactitude des déclarations faites par ceux-ci ; 3º à vérifier la conformité de l'acte rédigé et des déclarations faites.

Les témoins de l'état civil diffèrent sur plusieurs points des témoins des actes notariés La loi n'exige plus d'eux qu'une seule qualité : ils doivent être âgés de 21 ans accomplis (art. 37 modifié, L. 7 déc. 1897). Ainsi, peuvent être témoins à l'état civil :

1º Les femmes. — Le Code Napoléon n'admettait pas les femmes à jouer ce rôle dans les actes de l'état civil. C'est seulement la loi du 7 décembre 1897 qui le leur a permis, en même temps que pour les actes notariés. Toutefois, le mari et la femme ne peuvent pas être témoins dans le même acte (art. 37).

2º Les étrangers. — La loi n'exige pas la qualité de Français, comme le fait la loi du 25 ventôse an XI, art. 9 et 11, sur le notariat.

3º Les parents des parties. — Pour les actes notariés, les parents des parties sont exclus par la loi de ventôse. La même exclusion ne se justifiait pas pour les actes de l'état civil. Il s'agit de constater des événements intimes qui ne sont guère connus que des membres de la famille. En excluant les parents des parties et les personnes non françaises, on eût couru le risque de se priver des seules personnes qui pussent faire les déclarations voulues. D'ailleurs le témoignage des parents n'est pas suspect dans les actes de l'état civil, car les faits qu'ils viennent attester leur sont ordinairement défavorables : ainsi la naissance d'un enfant ruine les espérances des collatéraux et diminue la part héréditaire de ses frères et sœurs dans les successions qui pourront s'ouvrir à leur profit. Au contraire, la solidarité d'intérêts qui unit les membres de la famille dans leurs relations avec les tiers peut faire craindre qu'un parent ne se prête à une entente frauduleuse contre l'autre partie : de là leur exclusion dans les actes notariés.

Les témoins des actes notariés doivent, de plus, savoir signer, ce qui n'est pas nécessaire pour les actes de l'état civil.

2º Rédaction de l'acte.

483. Énonciations à insérer. — Tout acte de l'état civil doit énoncer l'année, le jour et l'heure où il est reçu ; les noms, prénoms, âges, professions et domiciles de tous ceux qui y sont dénommés (art. 34). L'officier doit insérer dans l'acte toutes les énonciations qui sont exigées par la loi. Pour cela il provoque les réponses des parties ou des déclarants par ses questions ; mais quand on refuse de lui faire une déclaration, il ne peut compléter l'acte par ses renseignements personnels. Son rôle se borne à reproduire ce qu'on lui dit. Siméon, dans son discours au Tribunat, le comparait à un greffier. — En sens inverse, il ne doit insérer dans l'acte que ce qui *doit* lui être déclaré. Toute énonciation étrangère au fait ou à l'acte doit être écartée. On cite comme exemple un maire de la Vendée qui a refusé de constater dans un acte de naissance que l'enfant qu'on lui présentait était coiffé d'un bonnet blanc donné par la duchesse de Berry. A plus forte raison, s'il s'agissait d'énonciations prohibées par la loi, comme la mention dans un acte de décès, d'un suicide ou d'une exécution capitale (ci-dessous, nº 504). Le législateur a eu raison de se montrer si sévère

dans son exclusion, à cause du double caractère authentique et public des registres. — Rien ne doit être écrit par abréviation ; aucune date ne doit être mise en chiffres (art. 42).

484. Modèles et formulaires. — Pour faciliter la rédaction de ces actes, qui est assez compliquée, et parfois très délicate, il existe des *modèles*, qui ont été adressés aux municipalités par l'intermédiaire des préfets, le 25 fructidor an XII, mais ces formules ne sont pas obligatoires. Comparez les *formulaires* publiés par diverses personnes, notamment par M. Mersier (cité au nº 451).

485. Pièces annexées. — Beaucoup de pièces, procurations, procès-verbaux, etc., doivent être annexées aux actes de l'état civil, en vertu de différents textes. Comme on ne peut pas les ajouter matériellement aux registres, on en fait des *liasses*, qui sont ensuite *déposées au greffe*, avec l'un des doubles (art. 44).

486. Lecture et signature. — Lecture est donnée de l'acte. Puis il est signé par toutes les personnes présentes, l'officier de l'état civil, les parties, les déclarants, les témoins. Mention est faite de la cause qui empêche l'un d'eux de signer. Les renvois et les ratures doivent être approuvés (art. 38, 39 et 42).

487. Irrégularité de la pratique. — En fait, à Paris et dans les grandes villes, on ne se conforme pas strictement à la loi, du moins pour les déclarations de naissance et de décès. L'acte est dressé hors la présence de l'officier de l'état civil, par de simples employés ; souvent même on fait signer les registres en blanc par les déclarants et les témoins, et l'acte est rédigé ensuite, d'après les renseignements fournis par eux et consignés provisoirement sur des fiches spéciales.

B. — Règles spéciales aux actes de naissance (1).

488. Délai de déclaration. — La naissance d'un enfant doit être déclarée à l'état civil dans les trois jours de l'accouchement (art. 55). Le jour de l'accouchement ne compte pas, grâce à une règle générale qui peut se formuler ainsi : lorsqu'un événement quelconque sert de point de départ à un délai, le jour où cet événement se produit n'est pas compris dans le délai. De là le brocard : « Dies a quo non computatur in termino. » Par conséquent le délai est *franc* et comprend les trois jours qui suivent celui de l'accouchement.

489. Sanction. — Le défaut de déclaration dans les trois jours est puni par le Code pénal (art. 346). Le Code civil avait omis d'assurer par une sanction pénale l'obéissance à ses prescriptions. L'expérience montra qu'on avait eu tort de compter sur l'empressement et la régularité du public. Beaucoup de naissances n'étaient pas déclarées, surtout des naissances de garçons, que leurs parents espéraient par ce moyen soustraire à la conscription dans un temps où la guerre était continuelle. Le Code pénal, voté en 1810, répara cette omission. D'après l'art. 346, le défaut de déclaration est puni d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de 16 à 300 francs. Le Code pénal prononce cette peine contre les personnes « qui ont assisté à l'accouchement ». Cette rédaction ne concorde pas avec celle de l'art. 56 C. civ. Ce dernier texte impose l'obligation de déclarer l'enfant au père et à la personne dans le domicile de laquelle la mère est accouchée, sans y mettre comme condition qu'elles aient assisté à la délivrance de la mère. Comme les textes du droit

(1) Outre les règles générales, communes à tous les actes de l'état civil, il existe des règles particulières pour chaque espèce d'actes ; mais pour la plupart, ces règles trouvent leur place naturelle dans les matières auxquelles elles se rapportent. Ainsi l'art. 62, relatif aux *reconnaissances d'enfants naturels*, sera expliqué à propos des *Preuves de la filiation naturelle*. Ainsi encore les règles spéciales aux *actes de mariage* sont, d'après un usage généralement suivi, réunies à la théorie du *mariage* lui-même ; on évite ainsi de couper en deux une matière où tout se tient. Il ne reste donc à examiner ici que les règles propres aux *actes de naissance* et aux *actes de décès*.

pénal s'interprètent toujours restrictivement, il en résulte que ces deux personnes échappent à toute pénalité si elles se trouvaient hors de la maison à ce moment : elles sont bien tenues de faire la déclaration, d'après la loi civile, mais leur obligation manque alors de sanction.

***490. Déclarations tardives.** — Lorsque la naissance n'a pas été déclarée dans les trois jours, l'acte ne peut plus être dressé qu'*en vertu d'un jugement*. Les déclarations tardives ne sont pas reçues (Avis du Conseil d'État, 12 brumaire an XI. Comp. L. 19 juillet 1871, art. 2, al. final).

***491. Qui doit déclarer l'enfant.** — L'obligation de déclarer la naissance pèse d'abord sur le père ; c'est le premier devoir qu'il ait à remplir envers son enfant. « A défaut du père », c'est-à-dire s'il est absent, ou malade, ou déjà mort, l'art. 56 énumère les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à la délivrance (1). Toutes en sont tenues indistinctement sans qu'il y ait d'ordre à établir entre elles. Pour le cas particulier où la mère serait accouchée hors de son domicile, la loi ajoute aux précédentes la personne chez laquelle l'accouchement a eu lieu.

L'art. 56 ne faisant aucune distinction, les mêmes règles sont applicables aux enfants *légitimes* et aux enfants *naturels*, avec cette différence toutefois que le père naturel, n'étant connu que par une déclaration volontaire de sa part, ne peut être *obligé* d'aller déclarer la naissance de son enfant. La loi de 1792 le disait en termes formels ; elle imposait aux autres personnes l'obligation de faire la déclaration « lorsque le mari sera absent ou hors d'état d'agir, *ou lorsque la mère ne sera pas mariée* » (art. 3).

***492. Vérification de la naissance et du sexe de l'enfant.** — Le Code civil (art. 55) veut que l'enfant soit *présenté* à l'officier rédacteur de l'acte, pour lui permettre de vérifier à la fois la naissance d'un enfant vivant et son sexe. En outre, ce peut être un moyen de reconnaître si la déclaration est tardive : l'officier de l'état civil verra souvent que l'enfant qu'on lui présente a plus de trois jours.

Où doit se faire cette présentation? En principe, c'est *à la mairie*, mais le transport d'un enfant naissant au bureau de l'état civil peut mettre sa vie en danger. D'après la loi de septembre 1792, l'officier était alors tenu de se rendre lui-même *dans la maison* où se trouvait l'enfant. Le Code civil n'ayant pas reproduit cette disposition, certains officiers de l'état civil en profitaient pour appliquer l'art. 55 d'une manière rigoureuse. Le Dr Loir entreprit, de 1845 à 1865, une véritable croisade en faveur de la *constatation des naissances à domicile*. Dramard (nº 355) indique la série de ses publications qui parurent principalement dans les *Mémoires* de l'Académie des Sciences morales, qui lui décerna un encouragement sur le prix Montyon en 1854. Les résistances de la pratique furent enfin vaincues, et la naissance est aujourd'hui constatée sur place *par un médecin*. En principe, c'est le médecin de la famille, celui qui a accouché la mère, qui est chargé de ce soin. Mais à Paris et dans quelques grandes villes, où la municipalité ne peut connaître toutes les personnes munies du titre de docteur et apprécier leur honorabilité, les naissances sont vérifiées par des médecins spéciaux appelés *médecins de l'état civil*, délégués par l'administration municipale. Dans l'un et dans l'autre cas, le médecin délivre aux parents un *certificat* sur le vu duquel l'acte est dressé.

Outre ses avantages pour l'hygiène des nouveau-nés, ce système offre plus de garanties techniques que celui du Code, mais il n'est pas conforme à la rigueur des textes ; l'officier

(1) Sur les difficultés que peuvent soulever les déclarations de naissance au point de vue du secret professionnel, voyez Brouardel, *Le secret médical*, p. 204 et suiv.

de l'état civil affirme des faits qu'il n'a pas vérifiés par lui-même. C'est un des exemples les plus remarquables des avantages qu'offre la violation d'une loi mauvaise.

493. Rédaction de l'acte. — L'acte doit être dressé de suite en présence du déclarant et de deux témoins (art. 56). On a déjà dit que, dans beaucoup d'endroits, la loi n'est pas observée sur ce point (ci-dessus, n° 487).

L'art. 57 énumère les énonciations que l'acte doit contenir : « le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui sont donnés, les noms, prénoms, profession et domicile de ses père et mère et des témoins. »

***494. Indication du nom des parents.** — L'indication du nom des parents ne fait pas de difficulté quand il s'agit d'un *enfant légitime*. Les parents n'ont aucune raison de se cacher et l'enfant a le plus grand intérêt à trouver dans son acte de naissance la preuve de sa filiation.

Pour les enfants non légitimes, il y a plusieurs cas à distinguer.

Si l'enfant est *adultérin*, c'est le nom du mari de la mère qui doit figurer dans l'acte, et le nom du père véritable ne doit être ni déclaré ni écrit (arg. art. 335).

Si l'enfant est *incestueux*, le nom de la mère seul doit être mentionné. Si l'on y ajoutait le nom du père, l'inceste serait visible ; or la filiation incestueuse, pas plus que la filiation adultérine, ne doit recevoir de constatation régulière (art. 335). Dans ces deux cas, le nom du père est passé sous silence.

S'il s'agit d'un *enfant naturel simple*, le nom du père n'est pas indiqué, à moins qu'il n'ait reconnu son enfant par anticipation pendant la grossesse, ou qu'il ne se fasse connaître à l'officier de l'état civil au moment où l'acte est dressé. Ceci tient à ce que la paternité naturelle n'est légalement connue que par une déclaration volontaire du père.

Quant au nom de la mère, son insertion dans l'acte soulève une double question.

1° Tout d'abord, le déclarant peut-il être *forcé de l'indiquer?* On a vu des officiers de l'état civil qui l'exigeaient, et qui refusaient de dresser l'acte tant qu'on ne le leur donnait pas. Ils se fondaient sur l'art. 57 qui le comprend parmi les énonciations nécessaires ; mais il est évident qu'en rédigeant cet article on n'a songé qu'aux enfants *légitimes*, puisque la loi parle des noms des *père et mère*. Si leur prétention avait été fondée, ils auraient eu le droit d'exiger le nom du père. Or la mère naturelle, comme le père naturel, doit en principe se faire connaître volontairement. Exiger son nom, c'était quelquefois forcer la sage-femme ou le médecin à violer le secret professionnel ; c'était aussi une raison de plus qui poussait la mère à faire disparaître son enfant : il lui devenait impossible de cacher sa faute, si la preuve en était écrite dès le début et d'une manière indélébile dans l'acte de naissance de son enfant. Aussi, quoiqu'il y ait eu quelques décisions judiciaires en sens contraire, l'opinion paraît être fixée aujourd'hui pour dispenser le déclarant de cette obligation.

2° Si le comparant le déclare *volontairement*, l'officier est-il *tenu* de l'inscrire? La négative a quelques partisans. Ils tirent argument de l'art. 35 : « Les officiers ne doivent insérer dans les actes que ce qui *doit* leur être déclaré par les comparants » ; or, disent-ils, l'indication du nom de la mère n'est pas obligatoire. Voici qui ruine leur raisonnement : il s'agit de parenté naturelle ; or la constatation de cette parenté par acte de l'état civil suppose toujours un acte volontaire. On ne prétendra pas assurément que les officiers de l'état civil ne sont pas tenus d'écrire les reconnaissances d'enfants naturels qui sont faites devant eux. L'opinion générale en doctrine est donc que l'officier est *tenu* d'inscrire le nom de la mère

quand il lui est déclaré, mais qu'il ne peut pas l'exiger si on ne le lui déclare pas. La jurisprudence est incertaine.

495. Enfants mort-nés. — Lorsque l'enfant meurt avant la déclaration de l'acte de naissance, l'officier de l'état civil doit se borner à constater qu'il lui a été présenté sans vie, et l'acte doit être inscrit *sur les registres de décès* (Décr. 14 juill. 1806).

Il se peut que l'enfant soit né mort ; il se peut aussi qu'il ait vécu : la déclaration qu'en feraient les comparants ne doit pas être reçue. En effet, la question de savoir si l'enfant a vécu peut avoir, dans certains cas donnés, une importance capitale ; si un autre décès s'est produit dans la famille au même moment, le règlement de cette succession dépend peut-être de l'existence de l'enfant. La loi n'a pas voulu qu'une question aussi grave fût préjugée par déclaration d'une personne qui n'a aucun caractère public et qui a peut-être intérêt à mentir. En pareil cas, s'il y a contestation, la question de savoir si l'enfant a vécu doit être tranchée par jugement, et elle peut faire l'objet d'une expertise médicale (ci-dessus, nº 369).

496. Enfants trouvés. — Pour les *enfants trouvés*, la loi contient une disposition particulière. L'acte de naissance est remplacé par un *procès-verbal* qu'on inscrit sur les registres (art. 58). On y relate *en détail* les circonstances de la trouvaille, l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, et l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal est dressé sur les déclarations de la personne qui a trouvé l'enfant (art. 58), et qui est tenue de le déclarer, sous les peines portées par l'art. 346 C. pén.

497. Naissance en mer. — Pour les naissances qui ont lieu à bord des navires en cours de route, lisez les art. 59 à 61 qui ont été remaniés par une loi du 8 juin 1893.

C. — Règles spéciales aux actes de décès.

***498. Double mode de constatation.** — Pour la constatation des décès, le Code Napoléon n'avait institué qu'un seul procédé : l'*acte de l'état civil* ; mais, dix ans plus tard, on organisa pour un cas particulier un mode nouveau : le *jugement déclaratif de décès*, qui a pris depuis lors une grande importance.

1º Actes de décès en la forme ordinaire.

***499. Qui doit faire la déclaration.** — Le décès doit être déclaré à l'officier de l'état civil par deux personnes, autant que possible par les deux plus proches parents du défunt. Si le décédé est mort hors de chez lui, la personne chez laquelle a eu lieu le décès est tenue d'en faire la déclaration (art. 78).

La loi applique le nom de « témoins » aux personnes qui viennent déclarer un décès. Quelques auteurs ont proposé d'entendre par là « témoins du décès », car ces personnes jouent déjà dans l'acte le rôle de déclarants, et l'on a vu (nº 482) que les *témoins* servent à confirmer les dires des *déclarants*. Il est donc difficile de comprendre que celui qui fait une déclaration se serve de témoin à lui-même. Dans cette opinion on n'appliquerait pas aux déclarants l'art. 37 : un décès aurait pu jadis être déclaré par une femme ; il pourrait l'être encore par un mineur. — Mais dans la pratique on suit plus volontiers la décision contraire, et prenant à la lettre l'expression de l'art. 78, on demande des déclarants remplissant la condition exigée des témoins par l'art. 37, c'est-à-dire majeurs.

500. Défaut de délai et de sanction. — Aucune peine n'est prononcée contre les personnes tenues de déclarer un décès et qui négligeraient de le faire. Aucun délai ne leur est fixé par la loi. La loi du 20 septembre 1792 exigeait que la déclaration fût faite à l'officier public dans les 24 heures du décès. Si cette disposition n'a pas été reproduite par le Code, c'est l'effet d'un oubli. Elle figurait dans le projet de l'an VIII (Fenet, t. II, p. 22). Une

circulaire ministérielle du 28 mai 1822, se fondant mal à propos sur l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI qui concerne les naissances, a cependant défendu aux officiers de l'état civil de recevoir les déclarations tardives de décès. Mais quand seront-elles *tardives*, puisqu'il n'y a pas de délai? L'idée de la loi est probablement que l'acte de décès doit être dressé avant l'inhumation. C'est ce qui paraît du moins être l'interprétation générale (D. 90. 2. 307, note 4).

Dans la plupart des cas, la lacune de la loi ne produit pas d'inconvénients pratiques pour la raison suivante : par la force des choses, l'inhumation ou l'incinération doit être assez prompte et elle ne peut être faire sans un *permis* accordé par l'officier de l'état civil. Une circulaire ministérielle du 18 janvier 1882 a prescrit aux officiers de l'état civil de ne délivrer le permis d'inhumer qu'après avoir dressé l'acte de décès, ce qui est un moyen indirect de forcer les intéressés à faire une déclaration rapide. Toutefois il a été jugé que l'officier de l'état civil qui contrevient à cette circulaire en délivrant le permis d'inhumer sans dresser l'acte de décès, ne commet pas une faute engageant sa responsabilité et n'est pas tenu de faire les frais du jugement qui ordonnera l'insertion de l'acte omis sur les registres (Limoges, 15 mai 1889, D. 90. 2. 307).

***501. Vérification du décès.** — Comme les naissances, les décès doivent être constatés par l'officier de l'état civil, qui doit se transporter près de la personne décédée (art. 77). Dans la pratique, c'est un médecin, celui du défunt ou, selon les lieux, le médecin de l'état civil, qui délivre un *certificat de décès*. L'intervention d'un médecin présente ici des avantages particuliers : la mort véritable n'est pas toujours facile à distinguer de certains états léthargiques ou cataleptiques. Le médecin peut aussi reconnaître les causes de la mort, ce qui est utile pour la découverte des crimes, pour les opérations de statistique, et pour les mesures d'hygiène à prendre en cas de maladie contagieuse. Le système suivi en pratique est tout aussi illégal pour les actes de décès que pour les actes de naissance. Cependant il est généralement approuvé.

La constatation des décès par des médecins est un usage très anciennement adopté à Paris, où il a été réglementé par un arrêté du 31 décembre 1821. Une circulaire du ministre de l'Intérieur (M. de la Valette), du 24 décembre 1866 (D. 67. 3. 48), a prescrit aux maires de toutes les communes de déléguer un ou plusieurs médecins à cet effet ; mais elle n'a été observée que dans quelques grandes villes.

502. Énonciations à insérer. — Le contenu de l'acte de décès est indiqué par l'art. 79. On doit y mentionner les nom, prénoms, âge, profession et domicile de la personne décédée ; dire si elle était mariée ou veuve, et dans ce cas donner les nom et prénoms de l'autre époux, et autant que possible désigner les parents du décédé et le lieu de sa naissance. On doit, en outre, indiquer si les déclarants sont parents du défunt, et quel est le degré de leur parenté. Toutes ces énonciations sont utiles pour préciser l'*individualité* de la personne décédée.

Parfois l'identité du défunt n'est pas connue. C'est un cadavre d'étranger trouvé dans les champs ou retiré d'une rivière. On doit alors indiquer les signes caractéristiques, vêtements, bijoux, etc., qui permettront de le reconnaître (Mersier, formule n° 90).

503. Mention du jour et de l'heure du décès. — L'art. 79 ne parle ni du *jour* ni de l'*heure du décès*. Son silence fait naître diverses questions. Les déclarants sont-ils tenus

de fournir cette indication? S'ils la fournissent, l'officier de l'état civil est-il *obligé* de la reproduire? Certains auteurs, prenant à la lettre le texte de la loi, décident négativement sur ces deux points ; quelques-uns vont même jusqu'à soutenir que l'officier doit refuser de recevoir cette déclaration et d'en tenir compte. Laurent surtout est énergique à cet égard : « Il n'y a pas, dit-il, d'*énonciations facultatives* dans les actes de l'état civil » (t. II, nº 62. — Comp. Demolombe, t. I, nº 304). Mais la plupart croient à une simple omission ; l'art. 77 suppose que la date du décès est connue de l'officier de l'état civil, puisqu'il ne lui permet de délivrer le permis d'inhumer que vingt-quatre heures après. En fait, l'heure et le jour sont *toujours mentionnés* ; les formulaires employés par l'administration en font l'objet d'une question spéciale à poser aux déclarants (Mersier, formule nº 89, p. 711).

Il y a des cas où l'heure exacte ni même le jour du décès ne sont connus. Tel est le cas par exemple pour les noyés dont les corps sont découverts souvent plus d'un mois après la mort. L'officier de l'état civil doit alors indiquer l'époque probable de la mort d'après l'état du cadavre (Mersier, formule nº 91).

Sur la force probante de ces indications, voyez ci-dessous, nº 520.

504. Circonstances de la mort. — La loi ne demande pas davantage l'indication des *circonstances de la mort*, par exemple la *cause* qui l'a produite. L'art. 85 défend même formellement ces mentions pour tous les cas de *mort violente* (suicides, accidents, exécutions capitales) et pour les *décès dans les prisons*. L'intérêt des familles justifie ces prétéritions. Il est d'usage aussi d'indiquer les hôpitaux et maisons de santé simplement par la rue et le numéro.

505. Commune où l'acte doit être rédigé. — La loi a pris soin de dire, pour les naissances, que la déclaration doit être faite « à l'officier de l'état civil du lieu » (art. 55). L'art. 77 suppose que c'est de même le *lieu du décès* qui détermine la compétence de l'officier de l'état civil, mais il ne le dit pas expressément. Cet oubli est d'autant plus extraordinaire que ni la loi de 1792 ni le projet de l'an VIII ne l'avaient commis. C'est le résultat fortuit d'un remaniement : le Tribunal de cassation avait demandé qu'on réunît en un seul les deux articles 56 et 58 du projet, et la mention du lieu fut oubliée dans la rédaction nouvelle (Fenet, t. II, p. 438).

Pour les décès qui surviennent *dans les hôpitaux*, l'art. 80 veut en outre que l'officier qui a reçu l'acte en fasse parvenir une expédition, dans le plus bref délai, au *lieu du dernier domicile* du défunt pour y être transcrit sur les registres.

506. Décès en mer. — Pour la constatation des décès survenus au cours d'un voyage maritime, par les officiers du navire, voyez l'art. 86, retouché en 1893. L'acte dressé à bord du navire est transmis, par l'intermédiaire des autorités indiquées dans les art. 60 et 61, à la mairie du dernier domicile ou, si le domicile est inconnu, à Paris.

2º Constatation des décès par jugement.

507. Cas où il devient impossible de dresser un acte de décès. — L'acte de décès ne peut être dressé qu'après la constatation de la mort faite directement par l'examen du cadavre. Or il y a des cas dans lesquels, bien que la mort d'une personne soit certaine, il est impossible de retrouver son corps et de le présenter à un officier de l'état civil ou à un médecin. Exemples : une personne se noie en mer ou dans une rivière et le corps ne reparaît plus ; des ouvriers sont ensevelis dans une mine par un éboulement qui empêche d'arriver jusqu'à eux ; un assassinat est commis avec suppression du cadavre ; plusieurs personnes périssent dans un même incendie sans qu'il soit possible de reconnaître les corps carbonisés. Dans tous ces cas, les circonstances qui ont accompagné ou suivi le décès ne permettent pas de rédiger un acte de l'état civil dans les formes ordinaires ;

néanmoins on possède la *certitude absolue du décès* et par là ces hypothèses diffèrent de l'*absence*, qui est l'*incertitude* sur la vie ou la mort.

***508. Nécessité d'une forme exceptionnelle de preuve pour les décès.** — — Comment la preuve des décès survenus dans ces circonstances pourra-t-elle être fournie? Il serait déraisonnable de décider que les parties intéressées sont privées de tout moyen de preuve, puisqu'il n'y a aucun doute à conserver sur la réalité du fait. Il s'agit seulement de créer une forme légale appropriée aux circonstances et différente de la forme habituelle. On ne peut pas avoir recours à l'officier de l'état civil, parce qu'il y a *des faits à apprécier*, ce qui suppose une certaine juridiction; ce sera donc le *tribunal civil*, juge de droit commun, qui sera chargé de ce soin. On arrive ainsi à l'idée d'une *constatation des décès par les magistrats*, agissant en vertu de *leur pouvoir de juridiction gracieuse.*

Nous n'avons pas en France de texte général sur la question, mais seulement des *textes spéciaux* dont il faut faire deux parts.

509. Textes de circonstance. — Des mesures exceptionnelles ont parfois été prises en vues de cas particuliers. Tel est le décret du 29 frimaire an III, rendu après l'explosion de la poudrerie de Grenelle, qui permit de constater le décès des personnes dont les corps n'avaient pu être retrouvés ou reconnus.

On cite aussi comme telle la loi du 13 janvier 1817, relative aux moyens de constater le sort des militaires disparus, pendant les guerres de la République et de l'Empire depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Cette loi a été remise en vigueur (L. du 9 août 1871) pour les militaires ou marins et même pour tous autres Français disparus entre le 19 juillet 1870 et le traité de paix du 31 mai 1871. Mais la loi de 1817 limite expressément l'admission de la preuve testimoniale du décès aux cas prévus par l'art. 46 C. civ., où les registres n'ont pas été tenus ou ont été perdus, c'est-à-dire qu'elle n'ajoute rien au droit commun (voyez ci-dessous, nos 535 et suiv.).

***510. Textes permanents.** — Quelques textes permettent de prouver les décès survenus *à une époque quelconque*, mais ils prévoient *des genres de mort particuliers* et ne sont pas applicables à toutes les variétés d'hypothèses qui se présentent. Voyez les numéros suivants.

511. Accidents dans les mines. (Décr. 3 janvier 1813, art. 19). — Au cas où il est impossible de parvenir jusqu'aux lieux où se trouvent les corps des victimes, le *maire* (ou un autre officier public) dresse un procès-verbal constatant cette circonstance. Ce procès-verbal est transmis au *ministère public* qui fait ordonner par le tribunal son *annexion aux registres.* — La disposition du décret de 1813, qui est le premier exemple de ce genre, est imparfaite : le procès-verbal, perdu dans les liasses des pièces annexées, risquerait plus tard de passer inaperçu : l'officier de l'état civil doit en outre le *transcrire sur les registres* et dresser un acte de décès collectif pour tous les ouvriers qui ont péri (Mersier, no 433). Ce système permet aux veuves de se remarier.

***512. Disparitions en mer** (L. 8 juin 1893). — La situation des femmes de marins disparus était jadis très pénible ; elles ne pouvaient obtenir la preuve légale de leur veuvage, alors même que l'on possédait la preuve matérielle du naufrage de leurs maris, par exemple quand les débris du bateau étaient rejetés à la côte. Cette situation, très fréquente dans les

régions côtières, où une population nombreuse se livre à la pêche et où les sinistres sont fréquents, avait depuis longtemps attiré l'attention (voyez notamment M. DE COURCY, *Les veuves des marins disparus*, Mémoire adressé à M. le Ministre de la marine, Paris, 1878). Les tribunaux y pourvoyaient de leur mieux. Ils *déclaraient* le décès des marins disparus, et l'on transcrivait le jugement sur les registres de l'état civil. M. de Courcy cite un jugement du tribunal de Brest qui déclara en une seule fois le décès de 177 marins (comp. Rouen, 11 oct. 1889, D. 90. 2. 305 et la note). Cette jurisprudence n'était qu'une extension du système du décret de 1813 (DALLOZ, *Répert.*, v° Actes de l'état civil, n° 319 ; *Suppl.*, n° 77). Mais les tribunaux ne pouvaient pas tout faire ; il restait diverses questions à régler. La compétence du tribunal chargé de déclarer le décès était parfois difficile à déterminer. En outre, et surtout, le jugement rendu n'avait qu'une *autorité relative* (art. 1351) et non une portée absolue comme moyen de preuve ; c'était un *jugement* et non un *acte de l'état civil*. — Un projet de loi fut déposé dès 1881 (Étude de M. BUFNOIR, *Bulletin* du Comité des travaux historiques et scientifiques, 1885, p. 107) ; il est devenu la loi du 8 juin 1893, modifiant les art. 87 et suiv. C. civ.

La loi nouvelle distingue deux hypothèses : 1° une ou plusieurs personnes présentes à bord d'un navire tombent à l'eau sans que leur corps puisse être retrouvé (art. 87) ; 2° le navire se perd, et sa perte entraîne la mort de tout ou partie de l'équipage et des passagers (art. 88). Dans le premier cas, le navire étant sauf, les officiers du bord, qui auraient eu qualité pour dresser un acte de décès dans les circonstances normales, rédigent un *procès-verbal de disparition*. C'est donc un mode de constatation analogue à celui du décret de 1813 sur les mines. Dans le second cas, cette ressource manque, le navire ayant péri, et on s'y prend autrement. Le ministre de la marine ordonne une *enquête administrative*, « sans formes spéciales », dit l'art. 88, et à la suite de cette enquête il rend une décision constatant la disparition de tout ou partie de l'équipage ou des passagers. Le procès-verbal de disparition ou la décision du ministre de la marine sont ensuite transmis à l'autorité judiciaire. La compétence à cet égard est déterminée par l'art. 90 nouveau. La constatation du décès est poursuivie d'office à la requête du procureur général (art. 90), ou à la requête des parties intéressées (art. 91). Le *jugement déclaratif de décès* est ensuite transcrit sur les registres de l'état civil aux lieux déterminés par l'art. 92, et il tient lieu d'acte de décès.

513. Militaires et marins disparus dans les pays d'outre-mer. — On a étendu le bénéfice de la loi de 1893 aux troupes des armées de terre et de mer employées dans les *colonies*, dans les *pays de protectorat* ou dans des *expéditions d'outre-mer*. Le décès des militaires et marins qui y meurent sans qu'il soit dressé un acte de décès régulier, est constaté dans les formes établies par l'art. 88 pour les personnes victimes d'un naufrage (enquête administrative faite par le ministre de la marine, décision judiciaire déclarant le décès, transcription du jugement sur les registres de l'état civil). Voyez l'art. 89 (texte de 1893). Ceci est une extension de la réforme proposée par M. de Courcy, qui n'avait songé qu'aux équipages et passagers de navires en mer.

***514. Forme collective de la déclaration de décès.** — Lorsque plusieurs personnes ont disparu dans le même accident, il est rendu un jugement *collectif* de déclaration de décès, et il est transcrit sous cette forme sur les

registres de l'état civil, mais les intéressés peuvent s'en faire délivrer des *extraits individuels* (art. 90 et 92).

***515. Insuffisance de la réforme.** — La loi de 1893 contient de grandes améliorations ; elle a tranché les questions de compétence et donné aux jugements déclaratifs de décès la force absolue des actes de l'état civil ; malheureusement cette loi se réfère à quelques hypothèses spéciales, comme la réclamation élevée par M. de Courcy. Il est regrettable que le législateur n'ait pas songé à décider, d'une manière générale, que les tribunaux peuvent déclarer acquise la preuve du décès d'une personne disparue, sauf à faire apprécier par les juges les circonstances qui rendent le décès certain. Le Code italien leur en donnait l'exemple : il contient sur ce point une disposition générale (art. 391), qui n'est que la généralisation de notre décret de 1813, dont elle reproduit presque littéralement les termes. En fait, nos tribunaux ne refuseront pas leur concours ; ils étendaient déjà à des cas non prévus le système du décret de 1813 ; ainsi on a pu obtenir la constatation judiciaire du décès d'une personne qui s'était noyée dans une rivière et dont le corps n'avait pas été retrouvé (Besançon, 30 juill. 1878, D. 79. 2. 34, S. 78. 2. 300) (1). Ils feront de même, à plus forte raison, après la loi de 1893, mais ils nous donneront toujours des jugements à autorité relative et non des actes de l'état civil.

§ 5. — *Des actes de l'état civil comme moyen de preuve.*

***516. Emploi des extraits à la place des registres.** — En fait, ce ne sont pas les registres dont on fait usage, mais leurs *extraits* (aujourd'hui *copies*). C'est de ces copies que parle l'art. 45, pour déterminer la foi due aux actes de l'état civil ; il ne mentionne même pas les registres. Ceci constitue une dérogation aux règles du droit commun. Quand un acte existe en double, par original et par copie, c'est l'original seul qui fait foi, la copie ne peut servir qu'autant qu'elle n'est pas suspectée. Si sa fidélité est contestée, l'original doit être représenté, car la copie n'a de valeur que par sa conformité avec lui. Voyez l'art. 1334 C. civ. Le tribunal peut donc ordonner que l'original soit apporté pour lui être soumis. L'application de cette règle est sans inconvénient pour les actes dont l'original est écrit sur une feuille volante, comme les minutes des notaires, mais le déplacement des registres de l'état civil ne pouvait se faire aussi facilement. Il aurait fallu faire voyager des volumes dont la conservation est précieuse et les exposer à de nombreuses chances de perte ou de destruction, alors que la loi prend tant de soin pour les y soustraire. De plus, pour les registres de l'année courante, il serait impossible de les déplacer, car on ne peut songer à empêcher l'inscription des actes nouveaux, fût-ce un seul jour. Voilà

(1) Ce procédé n'est pas toujours sans danger. Ainsi un M. Monte de Rosa, sujet italien, fit déclarer le décès de sa femme qu'il prétendait avoir péri en mai 1887, dans l'incendie de l'Opéra-Comique, et se remaria. En 1902 sa première femme, qui l'avait quitté longtemps avant l'incendie pour aller vivre à Lisbonne, reparut, et l'on s'aperçut que le jugement avait été rendu sur la déclaration de faux témoins payés par le mari, contre lesquels aucune poursuite ne fut possible parce que la prescription leur était acquise (journal *Le Temps*, 5 mars 1903).

pourquoi l'art. 45, par dérogation aux principes, attribue aux copies la même force qu'aux registres, qui sont les originaux.

Les copies ou extraits n'ont cette valeur qu'autant qu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (même art.) ; cette conformité n'a pas besoin d'être prouvée. « Délivrés conformes » veut dire ici « certifiés conformes » par l'officier qui les délivre. Entendue autrement, cette expression détruirait l'autorité propre des extraits, que la loi a voulu mettre au-dessus de toute discussion.

***517. Moyen de contrôle.** — Une erreur matérielle est toujours possible. Si une copie inexacte a été délivrée, les parties ont un moyen bien simple d'infirmer son autorité, c'est d'en produire d'autres plus anciennes, ou de s'en faire délivrer une nouvelle ; en présence d'extraits contradictoires et ayant une valeur égale, le tribunal pourra ordonner une *vérification directe* sur le registre, ce qui lui sera facile s'il provient d'une commune du même arrondissement, car il est déposé à son greffe ; sinon, il enverra une commission rogatoire au tribunal du ressort.

****518. Force probante.** — Les actes de l'état civil sont des *actes authentiques*, comme les jugements et les actes notariés, puisqu'ils sont reçus par des officiers publics chargés par la loi de les rédiger (art. 1317). Par suite, ils jouissent en pratique d'une autorité presque inébranlable.

Pour déterminer leur *force probante*, il y a lieu de leur appliquer la distinction déjà signalée à propos des actes authentiques en général (ci-dessus, n° 355). L'authenticité ne s'attache qu'à ce que l'officier public déclare avoir *vu*, *entendu*, *constaté* ou *accompli*, *conformément à sa mission*. Prenons des exemples : le maire écrit que tel jour, à telle heure, ont comparu devant lui les personnes qu'il indique. Si l'on prétend que la date est inexacte, il faudra prendre la voie de l'inscription de faux, car l'indication du jour où l'acte est passé est la première chose que l'auteur de l'acte doit constater. Poursuivons : il déclare qu'on lui a présenté un enfant, et que cet enfant était du sexe masculin. Sur ces deux points encore, l'acte ne pourra être attaqué que par l'inscription de faux. Nous arrivons au point où s'opère le partage : l'acte porte que l'enfant était né la veille, à 8 heures du soir. Sans doute il serait vrai, jusqu'à inscription de faux, que cette déclaration a été faite à l'officier de l'état civil par le déclarant. Si on veut soutenir que l'officier a indiqué dans l'acte un autre jour ou une autre heure que celle qui lui a été déclarée, c'est cette voie extraordinaire qui devra être suivie, car ce qu'on attaque, c'est la sincérité de l'officier public ; on l'accuse d'avoir commis un faux. Ceci sera rare : l'officier est ordinairement rédacteur fidèle, d'autant plus qu'il doit donner lecture de l'acte et que les parties vérifient souvent par elles-mêmes l'exactitude de l'écriture. Mais ce qui peut être plus fréquent, ce sont les *fausses déclarations* faites par les parties : celles-ci peuvent avoir un grand intérêt à mentir, et le rédacteur de l'acte

n'a aucun moyen de contrôle ; il prend leurs déclarations telles quelles. Si un tiers veut démontrer leur fausseté, il n'a pas besoin de se soumettre aux périls de l'inscription en faux. Ces déclarations font foi seulement jusqu'à preuve contraire, et la preuve est recevable dans les conditions du droit commun, parce que dans cette hypothèse c'est un *simple particulier* et non un *officier public* qui a trahi la vérité.

519. Origine doctrinale de cette distinction. — Cette distinction est aujourd'hui admise par tout le monde ; elle est désormais au-dessus de toute controverse. Mais il faut bien remarquer *qu'elle n'est pas écrite dans la loi.* L'art. 45 dit simplement : « Les extraits délivrés conformes aux registres... feront foi jusqu'à inscription de faux. » La loi ignore donc la distinction un peu délicate que nous venons de faire. C'est la doctrine qui l'a construite à l'aide des principes et par le raisonnement, et elle n'y est pas arrivée sans peine (1).

520. Valeur de la mention des jour et heure des décès. — On a vu ci-dessus (nº 503) que la loi n'exige pas cette énonciation, mais qu'en fait les officiers de l'état civil l'insèrent dans l'acte. On s'est donc demandé quelle en est la valeur probante. Naturellement il ne peut être question pour elle de faire foi jusqu'à inscription de faux, puisque le fait est affirmé par les déclarants et n'est pas de ceux que l'officier de l'état civil voit ou contrôle par lui-même. Mais faut-il lui refuser toute valeur? C'est ce que décident beaucoup d'auteurs, qui ne lui accordent aucune force probante et ne l'acceptent qu'à titre de *simple indication* (Marcadé, Mourlon, Demolombe, Demante, Laurent). Cette opinion est trop radicale. Il est difficile de refuser à cette déclaration la valeur d'un *témoignage*, fourni dans des conditions qui en garantissent la sincérité presque à l'égal des formalités d'une enquête judiciaire, puisque le cadavre a été inspecté par un médecin qui peut ordinairement apprécier le moment de la mort à quelques heures près. D'ailleurs, à quoi bon cette rigueur et quel but poursuit-on? En fait, dans la plupart des cas, les familles et les tiers n'ont pas d'autre moyen de prouver la date d'un décès, d'une manière un peu précise, que la mention qui en est faite dans l'acte ; au bout de peu de temps, les souvenirs se troublent, les témoins disparaissent, et on ne rencontre plus que contradictions. Il est donc à la fois juste et utile de reconnaître à cette indication une valeur probante jusqu'à preuve contraire. Si, par extraordinaire, on possède cette preuve on s'en servira pour détruire l'indication que l'on prétend fausse. Comme on l'a vu plus haut, le silence de la loi est très probablement le résultat d'un oubli. Cette mention était exigée par l'ancien droit : l'ordonnance de Colbert, d'avril 1667, voulait que dans les actes de sépulture on fît mention du jour du décès (tit. 20, art. 9). Si les auteurs du Code avaient voulu abolir un usage aussi ancien et aussi utile, ils l'eussent certainement dit. Du reste, la lacune n'est pas leur faute ; elle se trouve déjà dans la loi du 20 septembre 1792 (tit. V, art. 2 et 3), qu'ils ont copiée.

§ 6. — *Des nullités.*

***521. Silence volontaire des textes.** — Le Code Napoléon n'a prononcé nulle part

(1) Si cette matière est restée si longtemps obscure, c'est qu'on partait du principe suivant : Toute déclaration contenue dans un acte authentique constitue le crime de faux en écriture publique, lorsqu'elle est mensongère ; donc elle doit être crue jusqu'à inscription de faux, même quand elle émane des parties (Toullier, II, 848 et suiv. ; Proudhon, II, p. 88 ; Duranton, I, 305 à 308 ; Coin-Delisle, sur l'art. 46, nº 1). L'erreur consistait à établir une concordance entre le *faux en écriture publique* et *l'inscription de faux*, tandis que l'inscription de faux est en corrélation avec l'idée *d'authenticité*. Or toutes les mentions contenues dans un acte public n'ont pas le *caractère authentique* (ci-dessus, nº 355). Les particuliers peuvent donc commettre le crime de faux en écriture publique, sans qu'on soit obligé pour cela de prendre la voie de l'inscription de faux quand leurs déclarations sont mensongères.

la nullité des actes de l'état civil irréguliers. Ce n'est pas un oubli ; la question des nullités a été prévue par les auteurs du Code. Les opinions émises dans les discussions du Conseil d'État, dans les discours et dans les rapports, montrent que le législateur a refusé de se prononcer, sauf pour le mariage, pour lequel il existe plusieurs cas de nullité réglés par des textes. Pour tout le reste, il a voulu s'en remettre aux juges. Or, on ne cite *aucun exemple d'arrêts ayant annulé pour vice de forme un acte de l'état civil autre qu'un acte de mariage.*

***522. Causes possibles de nullité.** — En l'absence de texte, on ne doit admettre que les nullités qui s'imposent, c'est-à-dire celles qui résultent de l'*omission d'une formalité substantielle.* Les formalités substantielles sont celles qui constituent l'acte solennel et à défaut desquelles on ne saurait voir un acte de l'état civil dans l'écrit qu'on représente.

523. Défaut de qualité en la personne du rédacteur. — L'intervention d'un *officier de l'état civil* est assurément essentielle : sans lui, pas d'acte de l'état civil. Or, une personne qui exerce cette fonction sans en être régulièrement investie n'est pas un officier de l'état civil ; elle est sans qualité pour recevoir les actes, et ceux qu'elle dresse sont sans valeur.

Cette situation s'est réalisée dans de nombreuses communes en 1870 et 1871 (voyez aussi ci-dessus, n° 463). Il y a deux séries de faits à distinguer.

a) Au lendemain de la révolution du 4 septembre, les municipalités de l'Empire cessèrent leurs fonctions dans un grand nombre de communes, et elles furent remplacées par des maires et des adjoints installés à la hâte et sans mandat régulier. Tous les actes reçus par ces fonctionnaires improvisés étaient évidemment nuls, à cause du vice de leur origine.

b) A Paris et dans les autres communes du département de la Seine, qui avaient été au pouvoir du gouvernement insurrectionnel du 18 mars 1871, la situation se présentait sous un jour un peu différent : des agents avaient été placés dans les mairies par le gouvernement de fait qui possédait Paris, et ils avaient reçu de lui une investiture officielle. Mais la Commune ayant été vaincue et l'ordre rétabli, le gouvernement légal devait considérer comme nuls les actes des autorités instituées par elle.

Ces deux sources abondantes de nullités appelaient une intervention du législateur, car les particuliers ne pouvaient être responsables du vice qui rendait les administrations municipales incompétentes ; en fait, il leur avait été impossible de s'adresser à d'autres et de procéder d'une façon plus régulière. La question offrait surtout de l'intérêt pour les mariages, parce que la nullité de l'acte de l'état civil s'étendait au fait de la célébration et entachait le mariage lui-même. L'Assemblée nationale ne voulut pas traiter de même ces deux séries d'actes nuls. Deux lois différentes furent votées. L'une, du 19 juillet 1871, porte dans son art. 1er : « Les actes de l'état civil reçus à Paris et dans le département de « la Seine depuis le 18 mars 1871... par tous autres que les officiers publics compétents « seront bâtonnés. Il ne pourra en être délivré aucune expédition. » On voulait ainsi détruire matériellement l'œuvre de la Commune, et empêcher que les actes d'une autorité insurrectionnelle fussent plus tard employés en justice ; mais on n'entendait pas porter atteinte aux droits des particuliers. Les articles suivants contiennent en effet des mesures en vertu desquelles les actes ainsi détruits purent être reconstitués sous une forme légale sur des registres spéciaux. L'art. 5 décide en outre, ce qui était le point le plus grave, que cette formalité assurera aux mariages tous les effets civils, *à la date du premier acte.* Toutes les unions célébrées sous la Commune se trouvaient donc *régularisées rétroactivement.* — La seconde loi, qui est du 6 janvier 1872, eut pour objet de couvrir les irrégularités commises après la chute de l'Empire et la proclamation de la République. On ne pouvait traiter avec la même rigueur les actes des municipalités de bonne volonté, qui presque partout s'étaient installées paisiblement et avaient rendu de réels services. L'art. 1er déclare valables les actes reçus par elles. Ils ne pourront être annulés, dit la loi, « à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçus ». La loi ne met à cette validité qu'une condition : pourvu que ces personnes aient eu, à ce moment, *l'exercice public* des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce soit.

***524. Rédaction de l'acte sur feuille volante.** — Une autre cause de nullité est l'inscription de l'acte sur feuille volante. L'inscription sur un registre est essentielle ; la loi ne

connaît que les registres et les extraits qui en sont tirés (art. 45, 194 et 319). En réalité, en pareil cas, l'acte a été *omis*. La seule ressource laissée aux parties, c'est d'obtenir contre l'officier négligent un jugement constatant l'omission, qui sera transcrit sur les registres et qui tiendra lieu d'acte. L'acte écrit sur feuille volante, nul comme acte de l'état civil, pourra seulement servir comme *commencement de preuve par écrit* (MERSIER, nº 507). L'inscription d'actes sur feuilles volantes, à peu près sans exemple en temps normal, s'est réalisée dans un grand nombre de communes pendant l'invasion de 1870-1871, parce que beaucoup de registres avaient été perdus ou détruits.

525. Défaut de signature. — La signature de l'officier de l'état civil semble être une formalité substantielle : c'est sa signature seule qui atteste sa présence et qui donne l'authenticité à l'acte. Cependant, en fait, l'absence de cette signature n'est pas une cause de nullité. D'après une ordonnance du 26 novembre 1823, les procureurs de la République sont autorisés à faire compléter ces actes par l'apposition de la signature qui leur manque. Quoique la légalité de cette ordonnance soit contestable, on la suit dans la pratique.

On a même vu un décret du 18 pluviôse an III ordonner aux officiers de l'état civil de Nantes de signer des actes que leurs prédécesseurs avaient laissés sans signature. Il est vrai que cette solution extraordinaire émanait de l'autorité législative. — En Belgique, on considère que l'acte non signé est *irrégulier* (et non pas *nul*) et qu'il y a lieu de le *rectifier* (Bruxelles, 18 févr. 1852, DALLOZ, *Suppl.*, t. I, p. 197, note 1).

§ 7. — *De la rectification des actes de l'état civil.*

***526. Cas où il y a lieu à rectification.** — A proprement parler, *rectifier* un acte, c'est y faire des changements, additions ou suppressions pour le rendre conforme à la vérité. La *rectification* suppose donc qu'il existe un *acte inscrit sur les registres* et qu'on le modifie. Les cas où elle devient nécessaire sont les suivants :

1º L'acte est *incomplet*. Il ne contient pas toutes les énonciations qui devraient s'y trouver, il y a lieu d'y faire une ou plusieurs *additions*.

2º L'acte est *inexact*. Il y a des noms mal orthographiés, ou bien il énonce des faits faux. Que cela ait été fait sciemment ou par erreur, peu importe ; il y a lieu d'en faire la *correction*. Rentrent dans cette catégorie les rectifications qui résultent d'un changement de nom autorisé par décret.

3º L'acte contient des *énonciations prohibées*. Il y a lieu d'en ordonner la *suppression*.

Ce sont là les seuls cas véritables de rectification, mais le plus souvent on ajoute à l'énumération les cas suivants :

1º La *réception tardive d'une déclaration de naissance* qui, aux termes d'un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement (ci-dessus, nº 490).

2º L'insertion dans le registre d'un acte primitivement *omis*, ou rédigé sur feuille volante. Voyez le nº 542, ci-dessous.

Au fond, il n'y a rien de commun entre ces deux derniers cas et les rectifications véritables, si ce n'est l'intervention de la justice : ce sont des additions d'actes entiers, non encore inscrits, qui se font en exécution d'un jugement, dans la même forme que les rectifications proprement dites.

527. Objet habituel des rectifications. — Presque toutes les demandes de rectifications ont pour objet l'*orthographe d'un nom* qui a été mal écrit, ou des *prénoms oubliés*

ou inexacts. Elles sont rendues nécessaires lorsqu'il s'agit d'établir l'identité d'un individu, ou lorsque la personne mal désignée veut se servir des pièces qui la concernent. Quelquefois elles sont inspirées par la vanité : l'omission de la particule *de*, qu'un préjugé populaire non motivé considère comme une marque infaillible de noblesse, a provoqué beaucoup de demandes de ce genre (Dijon, 23 mars 1859, S. 59. 2. 497 ; trib. de Loudun, 10 mai 1867, D. 69. 1. 414, S. 69. 1. 308 ; Cass., 25 oct. 1905, D. 1906. 1. 337).

528. Rectification impliquant une question d'état. — La correction demandée n'est pas toujours une simple *rectification d'écriture.* Ainsi, dans un acte de naissance l'enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus, et il se prétend issu légitimement de deux personnes qu'il désigne. S'il réussit dans sa réclamation, il y aura lieu de réformer son acte de naissance, mais ce ne sera pas une pure rectification. En effet, sa demande est au fond une *réclamation d'état* (ci-dessus, n° 435) ; il recherche sa filiation, et la rectification du registre civil n'est que la *conséquence* du succès de cette recherche ; elle n'est pas l'objet unique ni même l'objet principal de sa demande. — Voyez cependant Toulouse, 20 févr. 1912, D. 1913. 2. 202.

***529. Forme judiciaire de la rectification.** — Le principe est que ce qui est écrit sur les registres de l'état civil ne peut être modifié que *par autorité de justice.* Si on s'aperçoit de l'erreur au moment même de la passation de l'acte, on peut la réparer à l'aide d'une rature ou d'un renvoi dûment approuvé ; mais une fois l'acte rédigé et signé, il appartient aux parties ; et, pour éviter toute surprise, la loi ne veut pas qu'on le modifie, même de leur consentement unanime et avec l'intervention de l'officier qui l'a reçu ; la rectification ne peut pas se faire à l'amiable et par voie administrative ; il faut *un débat contradictoire* et *un jugement* ordonnant la rectification.

530. Compétence et procédure. — Le droit d'ordonner la rectification appartient naturellement aux *tribunaux civils d'arrondissement* (art. 99). A cause de l'importance de l'affaire, le ministère public doit être entendu dans ses conclusions, la cause est *sujette à communication* (art. 83-2° C. proc. civ.), et le jugement est toujours susceptible d'appel (art. 99).

Quel sera, parmi les tribunaux d'arrondissement, le *tribunal compétent*? Le texte primitif ne le disait pas, mais on admettait déjà avant 1893, et le texte actuel le dit expressément, que c'est celui au greffe duquel *est* ou *sera* déposé l'un des doubles du registre dans lequel se trouve l'acte ; il est en effet désigné par la nature même des choses, étant mieux placé que tout autre pour statuer sur une pareille demande. Toutefois, par suite des règles ordinaires de la procédure, il se pourrait qu'un autre tribunal fût appelé à juger la question de rectification, par exemple si la rectification était demandée incidemment au cours d'un procès déjà engagé dans un autre arrondissement : le juge de l'action principale serait compétent, par voie de conséquence, pour connaître de la demande accessoire en rectification de l'état civil.

***531. Qui peut demander la rectification.** — Le droit d'agir n'appartient qu'aux *parties intéressées* (art. 99). C'est le droit commun ; sans intérêt, pas d'action. Un intérêt *éventuel* ne suffirait pas ; il faut un intérêt *né et actuel;* mais à raison de la nature des actes à rectifier, qui constatent l'état des personnes, il est reconnu qu'un intérêt *moral* permet d'agir en rectification.

***532. Controverse sur le droit du ministère public.** — Le procureur de la République peut-il *poursuivre d'office* la rectification des actes de l'état civil? Le Code Napoléon ne le dit pas ; il veut seulement qu'il soit *entendu.* C'est lui assigner le rôle de *partie jointe,* dans une instance déjà engagée par une autre personne. Le représentant du ministère public pourrait-il jouer le rôle de *partie principale* et prendre l'initiative de

la demande? Il semble que non, puisque l'art. 99 n'accorde ce droit qu'aux *parties intéressées*. Néanmoins le droit d'agir lui appartient souvent. Il y a d'abord trois cas qui n'ont jamais fait de doute, parce qu'ils sont établis par des textes :

1° Quand il s'agit de pièces nécessaires pour le *mariage des indigents* (Avis du Conseil d'État, 12 brumaire an XI ; Décr. 18 juin 1811, art. 120 et 122 ; L. 25 mars 1817, art. 75 ; L. 10 décembre 1850, art. 3) ; 2° Le second cas suppose l'*altération d'un acte de mariage* (art. 199) ; 3° Le troisième, qui ne peut être expliqué ici, concerne la *publicité des contrats de mariage*. Voyez l'avant-dernier alinéa de l'art. 76 C. civ., ajouté par L. 10 juillet 1850.

En dehors de ces trois cas, l'action du ministère public n'est déterminée par aucun texte précis. On ne trouve plus que l'art. 46 de la loi du 21 avril 1810 sur l'organisation judiciaire, qui le charge du soin de poursuivre d'office l'exécution des lois « dans leurs dispositions qui intéressent l'ordre public ». Expressions vagues qui ont soulevé d'interminables controverses. L'intérêt du débat ne s'est épuisé qu'après plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rendus en 1862 et en 1867 (Cass., 22 janv. 1862, deux arrêts, D. 62. 1. 5, S. 62. 1. 257 ; 24 nov. 1862, D. 62. 1. 477, S. 63. 1. 30 ; 25 mars 1867, D. 67. 1. 300, S. 67. 1. 215), Comme cette matière touche plus à la procédure qu'au droit civil, il suffira d'indiquer ic la question et sa solution (Voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Actes de l'état civil, n°s 109 à 112 ; Binet, note, D. 1913. 2. 41). Fallait-il considérer l'ordre public comme intéressé pour cette seule raison que la constitution légale des familles repose sur la tenue régulière des registres de l'état civil? Non, évidemment ; c'eût été permettre au ministère public d'agir d'office dans tous les cas, et, de l'aveu de tous, son intervention ne peut être qu'exceptionnelle. Il faut que l'*intérêt public* soit directement engagé ; alors la société est intéressée à la rectification, et le ministère public, qui la représente, a qualité pour agir. Tel serait le cas où, pour échapper à la loi sur le service militaire, on aurait fait inscrire un enfant du sexe masculin comme étant du sexe féminin (Poitiers, 26 mai 1846, S. 46. 2. 462). Tels sont aussi les cas où l'état civil attribue à une personne un titre ou une qualité qui ne lui appartient pas (Cass., 25 mai 1869, D. 69. 1. 413, S. 69. 1. 308 ; Cass. Belgique, 5 mai 1881, D. 81. 2. 241, S. 81. 4. 44 ; Cass., 24 déc. 1901, D. 1902. 1. 361 ; Cass., 25 oct. 1905, D. 1906. 1. 337, P. et S. 1909. 1. 27) (1).

533. Comment se fait la rectification. — Il ne s'agit pas d'une correction matérielle ; l'acte rectifié reste tel qu'il est sur les registres ; il ne subit pas de ratures ; il n'y a ni grattages ni surcharges. Le jugement de rectification est transcrit sur les registres courants par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'il lui est remis. Mention de cette transcription est faite *en marge* de l'acte réformé, et à l'avenir il ne peut plus être délivré d'extrait de cet acte qu'avec les rectifications ordonnées par la justice. Ainsi les corrections se font seulement dans les copies remises aux particuliers ; l'original reste intact (art. 101 C. civ. ; art. 857 C. proc. civ.). En procédant ainsi on a l'avantage de ne pas commettre d'erreurs irréparables, et de pouvoir respecter l'effet purement relatif du jugement de rectification. Voyez n° 534.

***534. Autorité relative du jugement.** — Les jugements ne produisent d'effet que pour ou contre les parties et leurs ayants cause (ci-dessus, n°s 361 et 440). Le principe est écrit, en termes très généraux, dans l'art. 1351. Cette règle s'applique aux jugements dont nous parlons. Par conséquent l'acte ne sera rectifié que pour les personnes qui auront été *liées* à la procédure ; s'il y a d'autres intéressés qui y soient restés étrangers, à leur égard l'*acte subsistera dans sa teneur primitive*. Le jugement de rectification ne peut pas leur être « opposé », dit l'art. 100.

(1) Ces derniers arrêts reconnaissent aux rectifications ordonnées sans contradicteur le caractère d'actes de juridiction gracieuse, d'où résulte le droit de les modifier dans l'avenir.

Pour faire comprendre cette application de l'autorité *relative* des jugements, on prend une hypothèse théorique, qui sert d'exemple classique, mais qui a le tort de porter sur une réclamation d'état plutôt que sur une rectification de l'état civil. On suppose qu'un homme laisse trois enfants légitimes, et que l'acte de naissance de l'un d'eux est inexact et lui donne d'autres parents, ou l'indique comme enfant naturel, ou comme né de père et mère inconnus. Naturellement cet enfant demande la rectification de son acte de naissance. S'il a soin de mettre en cause ses deux frères, le jugement qu'il obtiendra leur sera opposable à tous deux, et la rectification ordonnée produira tout son effet utile. Mais si par extraordinaire, étant mal conseillé, il dirige son action contre un seul, le jugement n'aura aucune autorité contre l'autre. Il sera alors réduit à recommencer l'instance contre son second frère, et à obtenir un second jugement. Pour pousser l'hypothèse jusqu'au bout, on suppose que ce second procès lui est moins favorable ; le frère attaqué en second lieu se défend mieux que le premier, et le demandeur succombe. Théoriquement la chose est possible puisque les tribunaux ne sont pas liés par les jugements qu'ils ont rendus dans les affaires précédentes. Voilà donc un enfant ayant deux frères et qui se trouve, en vertu de deux jugements contradictoires, frère légitime de l'un et étranger à l'autre ! Le résultat est singulier, mais il est complètement conforme aux règles juridiques. C'est la conséquence forcée de la *relativité* de la chose jugée. Pour y échapper, le tribunal saisi de la première demande aurait un moyen : il pourrait ordonner la mise en cause du troisième fils.

§ 8. — *Remplacement des actes de l'état civil par d'autres preuves.*

A. — Causes rendant nécessaires des preuves exceptionnelles.

535. Nécessité des autres moyens de preuve. — Les actes de l'état civil constituent un moyen de preuve, sûr et facile, organisé par la loi pour les naissances, les mariages et les décès. Par une conséquence naturelle, ces faits ne peuvent être prouvés que par eux. La loi n'admet en cette matière ni les écrits privés, ni les papiers de famille, ni — à plus forte raison — les témoins. Néanmoins, il a bien fallu faire exception pour certains cas, où il eût été inique et absurde d'exiger un acte de l'état civil. La loi permet alors au réclamant de recourir à d'autres moyens : il fera sa preuve « tant par titres que par témoins » (art. 46).

***536. Hypothèses prévues par la loi.** — Le texte (art. 46) n'indique que *deux cas* dans lesquels les particuliers peuvent être dispensés de produire un acte régulièrement inscrit sur les registres :

1° *Lorsqu'il n'a pas existé de registres.* Fait rare depuis 1804 (voyez cependant ci-dessus, n° 524). Le Code copie ici l'ordonnance de 1667.

2° *Lorsque les registres existants ont péri*, par exemple dans un incendie, le bombardement d'une ville, un pillage, etc. Ceci encore sera rare, puisque les registres existent en double dans deux dépôts séparés, à la mairie et au greffe. Mais l'incendie d'une mairie pourrait amener la perte des deux registres de l'année courante, et à Paris en 1871, dans les derniers jours de la Commune, on a vu les deux dépôts de registres (l'Hôtel de Ville et le Palais de Justice) brûler à la fois.

***537. Interprétation extensive de la loi.** — Ces deux cas indiqués dans l'art. 46 sont-ils les seuls? L'énumération est-elle limitative? Une des règles les plus sûres pour l'interprétation des lois veut que les textes qui dérogent à un principe soient entendus au sens étroit. Or l'art. 46 est certainement une disposition exceptionnelle. Cependant tout le monde est d'accord pour étendre les facilités qu'il donne à des hypothèses non prévues par lui, parce que cette dérogation aux règles ordinaires de l'état civil n'est elle-même que l'application d'un principe beaucoup plus général, qui fait partie de la théorie des preuves. Toutes les fois que la loi exige une preuve écrite, *préconstituée* en vue des contestations futures, elle doit en dispenser les parties dans deux cas : *a*) si elles se sont trouvées dans l'*impossibilité* de se la procurer ; *b*) si la preuve, dont elles s'étaient munies d'avance conformément à la loi, a *péri* ensuite par cas fortuit (voyez l'art. 1348). — Les deux cas prévus dans l'art. 46 correspondent évidemment à ces deux causes de dispense, mais ce ne sont que des *exemples* susceptibles d'extension. Sur ce point, pas de difficultés : c'était ainsi qu'on entendait l'ordonnance de 1667, d'où l'art. 46 a été tiré.

Voici quatre cas à ajouter sans doute possible.

3° *Les registres ont été tenus d'une manière intermittente* : ils présentent des lacunes. On peut dire que pendant les périodes correspondant à ces lacunes il n'a pas existé de registres.

4° *Les registres ont subi des mutilations* ; un ou plusieurs feuillets ont été arrachés. Pour les actes inscrits sur ces feuillets, la perte est aussi complète que si tout le registre avait péri. Ce qui reste n'importe pas plus aux personnes dont les actes ont disparu que les registres des années précédentes.

5° Il y a eu *omission d'un acte isolé.*

Exemples : Un mari se présente, demandant à prouver le décès de sa femme par témoins ; sa femme est morte, tous ceux qui l'ont connue le savent, mais il n'y a pas d'acte de décès. Le mari prétend que l'officier de l'état civil a omis de dresser l'acte. Les registres en apparence sont réguliers ; ils ne contiennent pas de lacunes, ils n'ont pas été lacérés. Un seul acte a été omis. — Autres exemples proposés par Aubry et Rau (t. I, § 64, au texte et notes 9 à 12) : un enfant non déclaré à l'état civil demande à prouver la date de sa naissance, ou bien des tiers ont intérêt à prouver un décès qui n'a point été déclaré ; dans ces deux cas, l'administration n'est pas en faute ; ce sont les parents de l'enfant ou du défunt qui sont coupables. Il serait injuste de faire retomber les conséquences de cette omission sur l'enfant ou sur les tiers, d'autant plus que la naissance et la mort sont des faits purs et simples, et que la preuve normale de pareils faits se donne par témoins. Toutefois on ne peut pas toujours autoriser l'admission de la preuve testimoniale en cas d'omission d'un seul acte. Par exemple, pour le mariage ; l'art. 194 s'oppose d'une manière invincible à ce qu'il soit prouvé de cette façon.

6° *La perte d'un acte notarié contenant une reconnaissance d'enfant naturel.* Cet acte remplace un acte de l'état civil. S'il périt dans un incendie ou autrement, l'art. 46 devient applicable. Comp. Cass., 18 nov. 1901, D. 1902. 1. 529 et la note.

B. — Moyens de suppléer aux registres.

***538. Faits à établir.** — Celui qui veut prouver un fait de l'état civil autrement que par un extrait des registres a *deux choses différentes* à établir :

1° Il doit démontrer le *fait qui justifie l'emploi de preuves exceptionnelles*, c'est-à-dire l'impossibilité de présenter un extrait des registres.

2° Ce premier point établi, le réclamant doit ensuite prouver le fait (naissance, mariage, décès, etc.) *qui aurait dû être constaté par l'acte omis ou détruit.*

539. Preuve du premier fait. — L'*absence totale des registres* ou *leur perte totale* ne sera pas difficile à constater. Il en est de même de leur *lacération* : le numérotage des feuillets la mettra en évidence. Quant à leur *tenue irrégulière et intermittente*, elle ressortira de ce fait que l'on trouve des périodes auxquelles ne correspond aucun acte, alors que, d'après les moyennes ordinaires, les registres de cette commune n'ont pas pu rester vides aussi longtemps.

Dans tous les cas il y a une condition de plus qui est sous-entendue : il faut que le fait qu'on veut établir se place dans la période pour laquelle il y a absence, perte, lacération ou lacune des registres. A défaut de cette concordance dans les dates, la demande doit être rejetée.

Lorsqu'il y aura eu *omission d'un acte isolé*, il faudra que le demandeur rende cette omission vraisemblable, et sur ce point les tribunaux doivent se montrer rigoureux : en présence de registres régulièrement tenus, l'omission accidentelle d'un acte ne doit pas être facilement admise. Quelquefois l'omission ne sera pas douteuse. Dans l'espèce analysée ci-dessus (n° 537-5°), le mari avait conservé le *permis d'inhumer* délivré par l'officier de l'état civil.

540. Preuve du second fait. — La loi ne s'est occupée de la question que pour trois sortes d'actes : les naissances, les mariages et les décès ; il faut y ajouter tous les autres actes qui s'inscrivent sur les registres de l'état civil, comme les reconnaissances d'enfant naturel et les divorces. Comment se fera cette preuve? *Conformément au droit commun* : à l'aide d'écrits, si on en a, et ces écrits pourront être publics ou privés ; à défaut d'écrits, par témoins.

L'art. 46 n'est pas aussi explicite : il ne mentionne en fait d'écrits que les « registres ou papiers domestiques émanés des *père et mère décédés* ». Si la loi cite ceux-là plutôt que d'autres, c'est parce qu'elle a en eux une grande confiance. Ces documents étant pour la plupart anciens, et leurs auteurs déjà morts, on ne peut pas les soupçonner d'avoir été fabriqués en vue du procès actuel. La loi les recommande donc à l'attention des juges, mais elle n'entend pas par là exclure les autres preuves écrites qui peuvent être produites, et qui émanent soit des père et mère *encore vivants*, soit de toute autre personne ; le tribunal leur accordera créance, si elles le méritent.

541. Inutilité d'un commencement de preuve par écrit. — Thibaudeau a dit dans l'*Exposé des motifs* que la preuve testimoniale ne doit pas être admise quand elle est seule ; à l'en croire, il faut trouver dans les registres et papiers de famille tout au moins un commencement de preuve. Mais ses paroles ne sont pas un texte de loi : l'une ou l'autre de ces deux preuves suffit, pourvu qu'elle soit convaincante.

Souvent il n'y aura pas d'écrits. Si on écartait alors la preuve testimoniale, on placerait les particuliers dans l'impossibilité de prouver leur état. Il faut laisser à la prudence des juges le soin d'apprécier les témoignages qui seront fournis, quand ils ne seront appuyés sur aucune pièce écrite. La formule employée dans l'art. 46 : « tant par les registres... que par témoins » doit donc être entendue comme s'il y avait : *soit par...* C'est ainsi qu'on interprétait déjà l'ordonnance de 1667.

***542. Reconstitution de l'acte omis ou détruit.** — Le Code italien (art. 366) a pris des mesures pour que les registres détruits ou incomplets soient refaits ou complétés. Rien de pareil dans le système français : la loi n'ordonne pas la *reconstitution* ni l'*insertion* de l'acte dans les registres de l'état civil : la preuve obtenue devrait donc rester consignée uniquement sur les livres du greffier du tribunal ou de la cour. Néanmoins l'usage s'est introduit de faire ordonner par le président du tribunal que le jugement sera transcrit sur les registres courants et qu'il en sera fait mention en marge de l'acte le plus rapproché par sa date de l'acte omis.

543. Reconstitution de l'état civil de Paris détruit pendant la Commune. — Le double incendie de l'Hôtel de Ville et du Palais de Justice pendant les dernières journées de la Commune, avait été pour les familles parisiennes un véritable désastre : leur état civil se trouvait anéanti, puisque les deux dépôts distincts étaient brûlés. Deux grandes séries de registres avaient péri : 1° les *anciens registres des paroisses*, qui remontaient à François Ier et que la Révolution avait réunis dans un dépôt unique ; 2° les *registres de l'état civil*, créés par la loi du 20 septembre 1792 jusqu'au 1er janvier 1860. A partir de cette date, un des doubles était resté déposé dans les mairies d'arrondissement. La perte des registres anciens n'avait guère qu'un intérêt historique, déjà considérable, il est vrai (1) ; mais la perte des registres modernes mettait en péril même l'avenir ; les mariages, le règlement des successions, le service militaire, se trouvaient également entravés.

Une loi du 10 juillet 1871 pourvut d'abord au plus pressé par des moyens provisoires. Puis une seconde loi, du 12 février 1872, ordonna la reconstitution des registres de l'état civil de Paris. Cette opération colossale ne pouvait pas être confiée par les voies ordinaires au tribunal de la Seine, déjà surchargé d'affaires. On employa la *forme administrative* ; une commission spéciale fut chargée de vérifier les preuves présentées et d'ordonner la reconstitution des actes détruits. On se servit de tout ce qu'on put trouver : d'abord les extraits des anciens registres que les particuliers avaient conservés, puis les pièces officielles ou authentiques, empruntées aux registres des différents cultes, à ceux des hôpitaux et des cimetières, aux secrétariats des Académies et des Facultés, etc. Malgré les délais successifs accordés au public, il reste encore bien des vides.

Les actes ainsi rétablis n'ont pas tous la même foi. Ceux qui reproduisent les extraits tirés directement des registres détruits font foi comme eux jusqu'à inscription de faux. Ceux qui ont été refaits à l'aide d'autres pièces font foi seulement jusqu'à preuve contraire.

Le travail de reconstitution n'est pas encore achevé et ne le sera jamais ; on a fini par renoncer à l'opérer d'une façon complète. Une loi du 5 juin 1893 a mis fin aux pouvoirs

(1) On peut en partie y suppléer par des copies anciennes existant dans les Archives et à la Bibliothèque nationale. Voyez les indications données par M. Wallon dans son rapport à l'Assemblée nationale, sur la loi du 12 février 1872.

de la Commission, qui a cessé de fonctionner en juin 1896. Toutefois diverses dispositions ont été prises pour permettre de recueillir au Palais de Justice, sous une forme simplifiée, les actes non encore reconstitués qui seraient découverts à l'avenir. En même temps cette loi a décidé que les actes restant à reconstituer seraient rétablis d'office pour la période moderne, à l'aide de différents moyens dont l'administration dispose. Ce travail a dû être poussé jusqu'au 1er janvier 1820 pour les actes de naissance, jusqu'au 1er janvier 1838 pour les actes de décès.

C. — Autorité des jugements remplaçant les actes de l'état civil.

***544. Nature de la question.** — Les actes de l'état civil sont des preuves ayant une *valeur absolue*; ils sont opposables à tout le monde. Les jugements n'ont qu'une *autorité relative* et ne peuvent être opposés qu'aux parties ayant figuré dans l'instanee et à leurs successeurs et ayants cause. De là une grave question, celle de *savoir si le jugement qui tient lieu d'un acte omis ou détruit a la valeur relative d'un jugement ou la valeur absolue d'un acte de l'état civil.* Cette question s'élève dans un certain nombre d'hypothèses qu'il est nécessaire d'examiner séparément.

***545. Hypothèse de l'art. 46.** — C'est le cas le plus douteux. Le jugement qui « remplace » l'acte de l'état civil n'est même pas transcrit sur les registres; l'acte de l'état civil omis ou détruit n'est pas « reconstitué ». Voyez cependant ci-dessus, nº 542. Il semble donc bien qu'on se trouve en présence d'un simple jugement, ayant une autorité purement relative. Cependant la personne qui aura réussi à faire une première fois la preuve d'un fait de l'état civil, réussirait facilement une seconde fois devant un autre tribunal, si facilement même qu'il est à prévoir que la question ne sera plus soulevée à l'avenir par d'autres personnes, et que le jugement obtenu par elle lui rendra en fait le même service que s'il était doué d'une autorité absolue.

546. Hypothèse de la loi des 12-15 février 1872. — Il s'agit de la reconstitution des actes de l'état civil détruits pendant l'insurrection de 1871. L'objet même qu'on poursuivait était le *rétablissement de l'acte.* On a donc affaire, une fois l'opération terminée, à des registres de l'état civil, qui doivent avoir leur caractère ordinaire de preuve opposable à tous.

547. Hypothèse de la loi des 19-23 juillet 1871. — Cette loi s'occupe de la réfection des actes dressés au nom du gouvernement insurrectionnel de la Commune, qui ont été bâtonnés. Elle a résolu elle-même la difficulté, d'une manière indirecte, en disant, dans son article 5, que les nouveaux actes de mariage, transcrits sur de nouveaux registres par ordre du tribunal civil, assuraient aux mariages tous les effets civils à la date des premiers actes. Cette formule ne peut se comprendre et recevoir son application que si les nouveaux actes ont, comme preuves, une valeur absolue. Ici encore, il s'agit non d'un jugement, mais d'un acte de l'état civil refait par autorité de justice (1).

(1) Une situation analogue se rencontre quand une déclaration de naissance est faite tardivement; elle ne peut plus être reçue qu'en vertu d'un jugement, mais ce qui est écrit sur les registres n'est pas un jugement, c'est un acte de l'état civil. Il devrait, comme tel, avoir sa force ordinaire. Néanmoins un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI réserve formellement aux parties qui n'y ont pas été appelées, le droit d'attaquer ce jugement. — Sur une faute d'impression qui faisait dire à ce texte tout juste le contraire et qui a été

548. Hypothèse de la loi du 8 juin 1893. — Pour les jugements déclaratifs de décès, établis par cette loi, il existe un texte formel qui leur donne une portée absolue : ce sont des actes de l'état civil (art. 92 nouv., *in fine*). La loi réserve cependant aux tiers le droit de les faire rectifier conformément à l'article 99. — On voit la distance parcourue depuis 1804 : la loi de 1893 décide exactement le contraire de ce que dit l'avis du Conseil d'État, du 12 brumaire an XI, rapporté en note au n° 547, et de la règle que le Code civil applique lui-même, dans l'art. 100, aux jugements ordonnant la rectification d'un acte inscrit sur les registres : les textes nouveaux parlent d'autorité absolue là où les textes anciens n'admettaient qu'une autorité relative.

§ 9. — *Des actes de l'état civil des Français en pays étrangers* (1).

549. Double forme possible. — Les Français qui se trouvent à l'étranger peuvent avoir à leur disposition un double moyen pour faire constater leur état civil ou celui de leurs parents : ils peuvent se conformer à la loi étrangère ou à la loi française.

550. Emploi de la loi étrangère. — Ils peuvent d'abord employer « les formes usitées dans ledit pays » (art. 47). L'acte ainsi rédigé a en France pleine autorité. *Il fera foi*, dit le même article, pourvu qu'il soit régulier d'après les lois du pays où il a été fait. C'est une application de la règle *Locus regis actum*. Dans la plupart des États civilisés on exige un écrit pour la preuve des faits de l'état civil et il y a des formes déterminées pour sa rédaction. Dans quelques-uns, par exception, on se contente de la preuve par témoins. Ce fait n'a pas été prévu par les termes de l'art. 47 qui suppose *un acte rédigé*, mais le principe de droit international sur la forme des actes, dont il n'est qu'une application, autorise une conclusion beaucoup plus générale : les faits qui se passent dans ces États peuvent être prouvés par témoins, *même en France*. L'exemple le plus frappant, et que l'on cite toujours, est celui de l'État de New-York, où les mariages ne se constatent pas par écrit ; leur célébration s'établit par la simple preuve de la « cohabitation et réputation ». La jurisprudence française en a très légitimement conclu qu'un Français marié à New-York devait être admis en France à prouver son mariage *par témoins* (Paris, 20 janv. 1873, D. 73. 2. 59).

551. Emploi de la loi française. — Les Français résidant à l'étranger peuvent aussi s'adresser aux *agents diplomatiques* ou aux *consuls* que la France entretient dans ce pays (art. 48). L'acte est alors dressé *conformément aux lois françaises* (*ibid.*). Ainsi nos agents diplomatiques et commerciaux jouent au dehors pour nos nationaux le rôle d'officiers de l'état civil, et ils en ont fréquemment l'occasion.

552-553. Différence entre ces deux moyens. — Le procédé indiqué par l'art. 48 n'est applicable qu'aux actes intéressant des Français *uniquement*. Si un étranger s'y trouve mêlé, par exemple dans les mariages entre Français et étrangers, l'agent français doit s'abstenir, parce qu'il n'a autorité et compétence que pour l'une des parties ; à l'égard de l'autre, il est sans qualité. En pareil cas les futurs époux n'ont plus le choix ; le seul parti qu'ils puissent prendre est de s'adresser à l'officier public du pays ; lui seul est compétent pour les marier. Cette compétence toute personnelle et limitée des agents français est marquée dans le Code civil par les termes qu'il emploie : l'art. 48 qui permet de recourir aux agents de la France ne parle que des actes intéressant les *Français*, tandis que l'art. 47 vise à la fois les actes de l'état civil des *Français* et des *étrangers*.

Toutefois, dans certains pays *désignés par décrets*, la loi du 29 novembre 1901 autorise le mariage devant nos agents, lorsque c'est *la future épouse qui est étrangère*, parce qu'elle acquiert la nationalité française en se mariant avec un Français.

rectifiée au *Bulletin des lois*, IIIe série, VII, p. 304, voyez la note qui accompagne le texte dans les Codes Tripier.

(1) Cette matière devrait être en dehors des cours de droit civil et rentrer dans les cours de droit international privé. C'est par un véritable défaut de méthode que le programme officiel n'a pas retiré de l'enseignement du droit civil les art. 47 et 48.

CHAPITRE VI

DU DOMICILE

Section I. — **Du domicile réel.**

§ 1. — *Définition et caractères.*

****554. Définition.** — Le domicile est *le lieu d'habitation d'une personne*, le lieu *où quelqu'un fait sa demeure*, disait MERLIN (*Répertoire*, v° Domicile) ; c'est le sens du latin DOMICILIUM. Dans les cas ordinaires la notion de domicile n'offre aucune difficulté, chaque personne n'ayant qu'une seule résidence, la *maison* qu'elle habite ; mais dans certaines situations exceptionnelles, lorsqu'une personne partage son temps entre plusieurs résidences, on est amené à rechercher quelle est celle qui l'emporte sur les autres et qui mérite vraiment le nom de domicile ; on se trouve ainsi amené à définir le domicile de la façon suivante : « le lieu où une personne a établi le *siège principal* de sa demeure et de ses affaires » (POTHIER, *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 8) ; où elle a « son *principal établissement* » (Code civil, art. 102) (1). On verra plus loin comment se détermine le domicile en cas de pluralité d'habitations (n°s 566 et suiv.).

***555. Réfutation d'une opinion erronée.** — D'après ce qui précède le domicile est très certainement un *lieu*, c'est-à-dire un *local*, une *maison*. Cependant beaucoup d'auteurs modernes rejettent cette idée et refusent de considérer le domicile comme étant lui-même un endroit. Ils suivent en cela la définition donnée par MM. Aubry et Rau, d'après Zachariæ : le domicile serait « la *relation juridique* existant entre une personne et un lieu » (T. I, § 141, texte et note 1). C'est substituer inutilement une notion abstraite, difficile à saisir, à une notion concrète, claire par elle-même. L'idée que le domicile n'est pas un lieu, mais une relation entre une personne et un lieu. est manifestement fausse ; on peut en faire l'épreuve directe. Une bonne définition doit pouvoir se substituer dans une phrase quelconque au mot dont elle donne le sens ; qu'on essaie de remplacer « domicile » par formule « relation entre une personne et un lieu » on verra quel galimatias on obtiendra dans des phrases telles que celles-ci : « Rentrer à son domicile, assigner quelqu'un à son domicile. »

L'idée d'abandonner la définition traditionnelle du domicile a été suggérée à Zachariæ par une méprise facile à démontrer. L'art. 102 porte que « le domicile de tout Français est *au lieu* où il a son principal établissement. » Donc, disait-il, si le domicile est *dans un lieu*, lui-même ne peut pas être *ce lieu ;* il est nécessairement autre chose. C'est oublier le sens variable du mot « lieu » : quand je dis que le domicile est *un lieu*, j'entends par là un endroit restreint, une maison, un appartement, une mansarde, le *local* qui sert d'habitation ; quand le Code civil dit que le domicile est *au lieu* du principal établissement, il entend par là dire « *à l'endroit* où se trouve... », c'est-à-dire *dans la commune*, considérée comme unité territoriale. Quand on demande à quelqu'un *où* se trouve son domicile, il répond : « Ma demeure est *dans*

(1) Comparez la définition de Dioclétien : « Ubi quis *larem* rerumque ac fortunarum suarum summam constituit » (*Code*, *De incolis*, liv. X, tit. 40, loi 17) et celle du Code allemand : « Celui qui fixe sa résidence à demeure dans un lieu y établit son domicile » (art. 7).

telle ville, telle rue, tel numéro. » Cette façon de parler n'exclut nullement l'idée que le domicile est lui-même un lieu, c'est-à-dire une *maison* ; elle sert seulement à en préciser géographiquement la situation.

***556. Indépendance réciproque du domicile et de la résidence.** — Le domicile, une fois établi dans un lieu, présente nécessairement une certaine *fixité*, qui est un de ses grands avantages pratiques. Il peut, sans doute, se déplacer sous des conditions déterminées ; mais il peut aussi se conserver malgré une absence, même prolongée : on a vu des gens sortir de leur domicile avec l'intention d'y rentrer, et, en fait, en rester absents toute leur vie. Le domicile ne se déplace donc pas toutes les fois que la personne fait un séjour dans un endroit autre que sa demeure habituelle. Quand la personne y revient, on dit qu'elle est *rentrée à son domicile* ; elle ne l'avait donc pas perdu. Cette fixité du domicile, qui subsiste au lieu où il est établi, malgré l'absence temporaire de la personne, conduit à distinguer le *domicile* proprement dit de la *résidence*. Sur la résidence, voyez ci-dessous, nº 608.

D'autre part, d'après la notion première du domicile, une personne ne devrait avoir son domicile dans un endroit qu'à la condition d'y habiter ; le domicile devrait être acquis *au plus tôt* au moment où la personne arrive dans cet endroit pour s'y fixer. Cependant on verra que la loi, par des dispositions arbitraires, attribue pour domicile à certaines personnes un lieu qu'elles n'habitent pas et où peut-être elles ne sont jamais allées. Il faut renoncer à faire rentrer ces hypothèses dans la définition normale du domicile, et les prendre pour ce qu'elles sont : des *anomalies*. Voyez ci-dessous, nºs 563 et 568.

557. Domiciles spéciaux. — Domicile politique. — Au moment où le Code a été rédigé, il existait une seconde espèce de domicile : c'était le *domicile politique*. Aux termes de la Constitution du 22 frimaire an VIII, l'exercice des « droits de cité » était *localisé* dans une commune unique, pour les candidats comme pour les électeurs. Pour les y exercer, il fallait remplir deux conditions : 1º se faire inscrire sur les *registres civiques* de la commune ; 2º y posséder un domicile spécial qui s'acquérait par une année de résidence et se perdait par une année d'absence (art. 6). Il y avait donc alors un domicile politique distinct du domicile ordinaire et soumis à des règles différentes. C'est ce qui explique pourquoi le Code civil, quand il réglemente le domicile, a soin de préciser qu'il le fait seulement « quant à l'exercice des droits civils » (art. 102). En s'exprimant ainsi, il a voulu indiquer qu'il ne dérogeait point aux règles établies par les lois politiques.

Mais depuis ce temps notre droit électoral a changé. Les registres civiques ont cessé d'être tenus. Quand les lois actuelles parlent du domicile pour l'exercice des droits politiques, elles se réfèrent au domicile ordinaire, tel qu'il est réglé par le Code civil.

Domicile de secours. — Établi par une loi du 24 vendémiaire an II, il a été réglementé à nouveau par la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite (art. 6). Il s'acquiert par une résidence d'un an ; par la filiation ; par le mariage ; et sert à déterminer l'endroit où les personnes malades et sans ressources peuvent recevoir gratuitement l'assistance médicale.

Domicile commercial. — Voyez ci-dessous, nº 598.

§ 2. — *Importance pratique du domicile.*

558. Classement des effets du domicile. — De grands intérêts pratiques s'attachent à la *détermination du domicile*, c'est-à-dire à la question de savoir où il se trouve. Les cas particuliers, trop nombreux pour être énumérés, peuvent se ranger sous *cinq chefs principaux* :

1° L'envoi des communications ;

2° La détermination de la compétence ;

3° L'exercice de certains droits ;

4° La publicité des actes relatifs à la personne ;

5° La centralisation de ses intérêts pécuniaires.

***559. Envoi des communications.** — Dans beaucoup de cas, les tiers ont besoin d'adresser à une personne une communication qui doit sûrement lui parvenir. Il s'agit, par exemple, d'*offres de payement* (art. 1247) ; d'une *citation en conciliation* devant le juge de paix (art. 50 C. proc. civ.) ; d'un *ajournement* devant le tribunal civil ou de commerce (art. 2, 68, 420 C. proc. civ.) ; ou bien encore il s'agit d'une *sommation* ou d'un *commandement*. On ne saurait astreindre les tiers à rechercher l'endroit où se trouve actuellement la personne qui doit recevoir cette communication ; on leur permet de l'envoyer à son domicile. Si cette personne ne s'y trouve pas, elle y viendra bientôt, ou tout au moins elle y est représentée par quelqu'un, parent, domestique, commis, etc., qui la préviendra.

***560. Détermination de la compétence.** — Toutes les fois qu'il n'y a pas de raison particulière pour attribuer compétence à un tribunal plutôt qu'à un autre, l'affaire est portée devant le tribunal dans le ressort duquel le défendeur est domicilié. *Actor sequitur forum rei*, dit un ancien brocard. C'est la règle que pose le Code de procédure pour toutes les affaires personnelles et mobilières (art. 59 C. proc. civ.).

***561. Lieu d'exercice de certains droits.** — En principe, l'exercice des droits est indépendant du lieu où l'acte s'accomplit. Chaque personne peut passer des contrats pour s'obliger, pour vendre, pour acheter, pour hypothéquer son bien, en quelque endroit qu'elle se trouve ; chacun peut faire son testament partout.

Par exception, il y a quelques droits (en très petit nombre) dont l'exercice est *localisé* ; la loi veut que les actes accomplis en vertu de ces droits soient faits dans la commune où la personne est domiciliée. En matière civile on peut citer comme tels le droit de *se marier* (art. 165), et le droit d'*adopter* (art. 353). L'*émancipation* aussi doit avoir lieu devant le juge de paix du domicile, mais la loi ne le dit pas expressément (art. 477). On peut

encore signaler le droit de servir de *témoin* dans les actes notariés (L. 25 ventôse an XI, art. 9).

En matière politique, le *droit de voter* dans les diverses élections s'exerce ordinairement (mais non toujours) au lieu du domicile. — Enfin le droit de participer aux distributions de *bois d'affouage* faites par une commune est subordonné à l'existence d'un domicile dans cette commune (C. for., art. 105 ; L. 23 novembre 1883).

***562. Mesures de publicité.** — Lorsqu'il se produit *un fait qui modifie la capacité* d'une personne, les tiers ont besoin d'en être avertis, car le sort des contrats qu'ils peuvent conclure avec elle en dépend. Toute diminution de capacité entraîne la nullité de certains actes. La loi veut donc que ce fait soit l'*objet de publications*, et naturellement la publicité doit être faite au lieu où se trouve le domicile de la personne atteinte, car c'est là surtout qu'elle aura l'occasion de traiter avec des tiers. Ces changements de capacité ont lieu quand un aliéné est frappé d'interdiction par jugement ; quand un prodigue ou un faible d'esprit est pourvu d'un conseil judiciaire ; quand une femme se marie ; quand une femme mariée obtient la séparation de biens ; quand un tribunal prononce une séparation de corps ou un divorce. Dans tous ces cas, les affiches et les insertions dans les journaux, destinées à prévenir les tiers, se font au lieu du domicile.

Voyez aussi les dispositions des art. 60, 61, 80, 82, 87, 93, 95, 96, 97 C. civ. relatifs aux actes de l'état civil, pour la publicité à donner en France à des faits qui se passent en mer ou hors du territoire français.

****563. Centralisation des intérêts pécuniaires.** — Quand il y a lieu de régler par des opérations d'ensemble les intérêts pécuniaires d'une personne, on considère ses intérêts comme centralisés au lieu de son domicile. C'est là qu'on réunit, suivant les cas, ses parents ou ses créanciers ; c'est devant le tribunal du domicile que sont portées les contestations relatives à ces opérations, alors même que d'après les règles ordinaires elles seraient attribuées à un autre tribunal. Ceci arrive en cas de *tutelle*, pour les réunions du conseil de famille, pour les autorisations ou homologations qu'on a besoin de demander à la justice ; en cas de *faillite*, pour la déclaration de faillite, la nomination du syndic, les réunions des créanciers, etc. ; après la *mort*, pour le partage de la succession. Pour exprimer cette centralisation de toutes les opérations, on dit que le domicile détermine le *lieu d'ouverture* de la tutelle, de la faillite ou de la succession. Voyez l'art. 110.

Dans les cas visés aux n°s 559 à 561, le domicile produit ses effets parce qu'il est considéré comme le *lieu ordinaire de la résidence de la personne*, tandis que dans les n°s 562 et 563 c'est le *centre des affaires et des intérêts* que l'on envisage en lui.

564. Ancien effet du domicile. — Avant la Révolution, la fixation du domicile présentait, en outre, un intérêt considérable qui a disparu. Sous le régime des coutumes provinciales, il arrivait fréquemment qu'une personne avait des affaires et des intérêts dispersés dans des ressorts différents et soumis par suite à des coutumes diverses. Pour résoudre les conflits qui s'élevaient entre ces coutumes, on se réglait souvent sur le domicile de la per-

sonne. Ainsi son état et sa capacité étaient régis par la coutume de son domicile, c'était son *statut personnel.* Aujourd'hui, grâce à l'unification du droit en France, les conflits des lois n'ont plus lieu de province à province, mais d'État à État. Pour les trancher, on se règle sur la *nationalité*, et non plus sur le domicile. Ainsi la capacité des étrangers, même domiciliés en France, est régie par la loi de leur pays, et non par la loi française.

§ 3. — *Détermination de l'emplacement du domicile.*

****565. Deux façons de déterminer le domicile.** — En règle générale, le *lieu du domicile des particuliers n'est pas déterminé par la loi*; la question de savoir où il se trouve est *une question de fait.* Par exception, dans les art. 106 à 109, le Code a fixé lui-même le domicile de certaines personnes. Aussi plusieurs auteurs distinguent ce domicile, qu'ils appellent *domicile légal* ou *domicile de droit*, du domicile non déterminé par la loi, qu'ils appellent *domicile de fait.* Cela ne fait pas deux espèces de domiciles; il s'agit toujours du domicile ordinaire de la personne; il n'y a de différence que dans la manière de le déterminer.

A. — Règle générale pour la détermination du domicile.

****566. Fixation au lieu du principal établissement.** — Quand le lieu du domicile d'une personne n'est pas déterminé par la loi, il faut, pour le trouver, rechercher *où se trouve son principal établissement* (art. 102). Cette formule doit être entendue dans un sens très large.

***567. Rôle de l'habitation.** — On doit d'abord se régler sur le lieu d'*habitation ordinaire.* Le fait de l'habitation est, en effet, la notion première qui a servi à constituer la théorie du domicile. *Domicilium* vient de *domus*, et signifie proprement la maison qu'une personne habite et qu'elle ne peut quitter sans être considérée comme absente (1). Cet élément essentiel du domicile était bien mis en lumière dans la définition de Pothier : « le siège principal de la demeure. » Domat ne considérait même pas autre chose dans sa définition du domicile, qui était, d'après lui, « le lieu de la demeure d'une personne » (*Droit public*, liv. I, tit. XVI, sect. 3, n° 1); il n'est plus rappelé dans la formule employée par le Code dans l'art. 102, mais la notion du domicile n'a pas changé pour cela (2).

Le plus souvent il n'y aura aucun doute : la plupart des gens n'ont qu'une résidence unique, la maison ou l'appartement qu'ils occupent. Si

(1) C'est sur cette idée qu'insistait surtout la Constitution de Dioclétien : « Unde quum profectus est, peregrinari dicitur; quod si rediit, peregrinari jam desiit. »

(2) On peut remarquer que la mention de la demeure venait en tête dans la définition donnée par Dioclétien : « Ubi quis *larem* rerumque ac fortunarum suarum summam constituit. » Le domicile est donc avant tout la maison. Peut-être cette suppression tient-elle à ce que, en rédigeant l'art. 102, on s'est moins préoccupé de définir le domicile que de résoudre une difficulté pratique : on ne nous dit pas *ce qu'il est*, on nous indique seulement l'endroit *où il se trouve*, quand on peut hésiter entre plusieurs emplacements.

la personne réside alternativement dans plusieurs endroits, il sera souvent facile de reconnaître parmi ses résidences celle qui est la principale (Cass., 15 mars 1909, P. et S. 1909. 1. 396).

****568. Rôle de la situation des biens et intérêts.** — Lorsque l'habitation ne suffit pas pour déterminer le domicile, on doit se régler sur une autre considération, celle des intérêts. On peut tenir compte des intérêts de tout genre, *intérêts moraux* et *relations de famille*, tout aussi bien qu'*intérêts pécuniaires*, *exploitations industrielles*, *commerciales*, etc. Le mot « établissement » employé par la loi est assez vague pour comprendre tous ces genres d'intérêts. Mais la situation des biens ou des relations de famille ne doit entrer en ligne de compte que *subsidiairement*, quand l'habitation ne présente pas un caractère suffisant pour fixer le domicile ; ce n'est pas la situation des biens ou la demeure du parentage qui est la considération dominante. Ainsi une personne, née à Paris et qui a toujours habité cette ville, ne peut pas être considérée comme domiciliée ailleurs, par cela seul qu'elle vit des revenus de propriétés situées dans les départements, ou que les membres de sa famille habitent en province.

569. Compétence en cas de contestation. — La question de savoir où se trouve le principal établissement d'une personne, et par suite son domicile, est une *question de fait*, qui est résolue souverainement par les juges du fond (Cass., 27 mai 1884, D. 84. 1. 437, S. 85. 1.209 ; Cass., 20 nov. 1889, D. 90. 1. 171, S. 90. 1. 155). Les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour la résoudre ; lorsque cette question s'élève devant elles, par exemple en matière électorale ou pour le recrutement militaire, elles doivent surseoir jusqu'à ce que ce point ait été réglé, comme question préjudicielle, par les tribunaux ordinaires (Trib. des conflits, 10 avril 1850, D. 50. 3. 49, S. 50. 2. 487 ; C. d'État, 12 juill. 1882, D. 84. 3. 23). Toutefois les tribunaux civils d'arrondissement n'ont pas seuls compétence à cet égard ; les juges de paix et les tribunaux de commerce prononcent tous les jours sur des affaires de ce genre. La question de domicile se présente ordinairement sous la forme d'une exception d'incompétence. Le tribunal statue alors en vertu du principe qui fait le juge de l'action juge de l'exception.

B. — Détermination par la loi du domicile de certaines personnes.

570. Grand nombre des applications pratiques. — Dans certains cas, la loi détermine d'office le lieu du domicile d'une personne, parce qu'elle estime que son principal établissement doit nécessairement se trouver dans le lieu qu'elle indique. Les *catégories* de personnes qui ont ainsi un domicile légal sont en petit nombre, mais les *individus* qui y sont compris sont si nombreux qu'ils forment la *majorité de la population.* Ces personnes sont : 1° les mineurs non émancipés ; 2° les femmes mariées non séparées de corps ; 3° les interdits ; 4° les personnes qui servent habituellement chez autrui ; 5° les fonctionnaires publics nommés à vie.

En fixant lui-même le domicile de ces personnes, le législateur a certainement pensé qu'il existait pour elles une résidence obligatoire, et qu'elles

n'en pouvaient pas avoir d'autre. Ses prévisions sont souvent contredites par les faits, et le domicile légal peut être purement *fictif*.

1° Domicile du mineur.

***571. Pourquoi le mineur a un domicile légal.** — L'enfant, n'ayant pas la disposition de sa personne ni de ses biens, est incapable d'avoir un domicile personnel ; il n'a qu'*un domicile d'emprunt, celui de la personne qui s'occupe de lui et de ses affaires*. Pour savoir quelle est cette personne, il faut distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

***572. Enfants légitimes.** — Deux cas sont possibles, selon que les père et mère sont tous deux vivants ou que l'un d'eux est déjà décédé.

1° *Les deux parents vivent encore.* — Alors l'enfant légitime a pour domicile leur domicile commun, qui est celui du père. C'est ce que dit l'art. 108 : « Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère... »

2° *L'un des deux parents est mort.* — Alors l'enfant est en tutelle ; or, d'après le Code, quand l'enfant a un tuteur, c'est chez ce tuteur que se trouve son domicile. La loi dit en effet que le mineur est domicilié « chez ses père et mère *ou tuteur* » (art. 108), et cela est conforme aux principes ; c'est en effet le tuteur qui gère la fortune, c'est chez lui que se concentrent tous les intérêts, c'est lui qui représente le pupille dans tous les actes civils (art. 450) ; c'est à lui que doivent être adressées toutes les communications qui intéressent le mineur. Il est donc tout naturel que l'enfant soit considéré comme domicilié chez son tuteur.

Ordinairement c'est le survivant des père et mère qui a la tutelle ; en ce cas, l'enfant ne change pas de domicile. Mais il arrive parfois que la tutelle est conférée à une autre personne, et cela est surtout fréquent quand c'est la mère qui survit, parce qu'elle a le droit de décliner cette charge si elle ne veut pas l'accepter. En ce cas, *le domicile de l'enfant change* : il se trouve désormais chez le tuteur.

Ce déplacement du domicile est d'autant plus remarquable que la mère survivante conserve la *puissance paternelle*, et avec elle le *droit de garde* (art. 372). La personne de l'enfant, sa surveillance et son éducation sont confiées à la mère ; c'est chez elle que l'enfant habite en fait ; il est néanmoins domicilié chez son tuteur : sa *résidence* se trouve alors distincte de son *domicile*. Le Code tranche ainsi une question qui était controversée dans notre ancien droit (Pothier, *Introd. aux coutumes*, n° 17). Pothier décidait que le mineur conservait son domicile chez le survivant de ses père et mère, alors même qu'on lui donnait pour tuteur un autre parent.

573. Enfants naturels. — Les rédacteurs du Code civil n'ont pas pensé à cette catégorie d'enfants ; l'art. 108, en donnant à l'enfant le domicile de « ses père et mère », suppose qu'il s'agit d'un enfant légitime. Dès lors on doit admettre qu'il n'existe pas pour l'enfant naturel de *domicile légal* : il est domicilié à l'endroit où se trouve son *principal établissement*, c'est-à-

dire chez la personne qui prend soin de lui, ou qui s'occupe de ses affaires, quand il a des biens personnels, ce qui est extrêmement rare. Ainsi, quand son père et sa mère l'ont tous deux reconnu, l'enfant ne sera pas nécessairement domicilié chez son père si ses deux parents ont des domiciles distincts ; il pourra être domicilié chez sa mère si c'est elle qui l'élève.

La loi du 2 juillet 1907 qui a organisé sur de nouvelles bases la protection et la tutelle des enfants naturels n'a pas statué sur la question de domicile, qui reste ce qu'elle était auparavant.

Si l'enfant a été placé dans un *hospice* ou s'il a été recueilli par *une personne charitable*, il aura son domicile à l'hospice ou chez la personne qui l'élève, car l'un ou l'autre fait *fonction de tuteur*. Voyez, pour les hospices, L. 15 pluviôse an XIII ; Décr. 19 janvier 1811, art. 15. — Pour les particuliers, L. 24 juillet 1889, art. 17 et suiv. ; Cass., 9 mai 1889, D. 89. 1. 424, S. 89. 1. 436.

***574. Cessation du domicile légal du mineur.** — Tout ce qui précède ne peut s'appliquer qu'à l'enfant *mineur non émancipé* (art. 108). Par conséquent, quand l'enfant atteint sa *majorité*, il cesse d'avoir un domicile légal. Sans doute il peut conserver le domicile de ses parents ou de son tuteur, s'il ne se crée nulle part un autre établissement ; mais ce domicile n'est plus désormais pour lui qu'un *domicile de fait*.

L'*émancipation* produit le même effet que la majorité. Quand elle a lieu, elle affranchit l'enfant de la puissance paternelle et de la tutelle, et elle lui permet de se choisir un domicile. Il est vrai que l'émancipation ne confère pas une capacité complète, comme l'est celle du majeur ; le mineur émancipé est muni d'un curateur ; mais il n'est pas nécessaire de jouir d'une capacité entière pour avoir un domicile propre. On en voyait jadis (avant 1893) un second exemple, en la personne de la femme séparée de corps qui ne possédait alors qu'une demi-capacité (ci-dessous, n° 577).

2° Domicile des femmes mariées.

a. — État normal.

****575. Le principe et son motif.** — Par le seul fait du mariage, la femme mariée est *domiciliée chez son mari* (art. 108). Le motif est que la femme est *obligée d'habiter avec lui* (art. 214) ; elle doit le suivre partout où il lui plaît de s'établir, et c'est au mari seul qu'appartient le choix de la résidence commune.

L'attribution à la femme du domicile de son mari comme domicile légal est donc une *conséquence de la puissance maritale*. Par suite, la disposition de la loi est d'ordre public, et il est impossible d'y déroger en convenant que la femme gardera le droit de se choisir un domicile séparé : l'art. 1388 défend de modifier par contrat de mariage « les droits qui appartiennent au mari comme chef ».

La nature des conventions matrimoniales est sans influence sur le domicile de la femme :

la communauté de domicile est fondée sur la communauté d'habitation, et non sur les pouvoirs plus ou moins étendus que le mari peut posséder sur la fortune de sa femme.

b. — Situations exceptionnelles.

576. Causes diverses d'exceptions. — L'art. 108 primitif se bornait à dire : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari », sans aucune exception ; néanmoins il y a deux ou trois cas dans lesquels la femme mariée peut avoir un domicile autre que celui de son mari. Tantôt ce domicile propre à la femme remplace pour elle le domicile légal ; tantôt il coexiste à côté de lui. Ces situations exceptionnelles dérivent soit de la *séparation de corps*, soit de l'*interdiction du mari*, soit de l'*autorisation de faire le commerce* donnée à la femme.

***577. Effet de la séparation de corps.** — La séparation de corps délie les époux de l'obligation d'habiter ensemble ; la femme peut donc se choisir une résidence séparée, et cette résidence est un véritable domicile. On l'admettait déjà sous l'empire des textes primitifs du Code ; la loi du 6 février 1893 a ajouté à l'art. 108 un alinéa ainsi conçu : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari » ; mais cette disposition n'a fait que consacrer une solution acquise.

Le cas de séparation de corps n'avait pas été prévu, parce que, au moment où le titre « Du domicile » fut voté, la séparation de corps n'existait pas ; elle avait été supprimée pendant la Révolution et remplacée par le divorce ; elle fut rétablie seulement pendant la discussion du titre « Du mariage ». Cependant le droit pour la femme séparée d'avoir un véritable domicile distinct de celui du mari lui était reconnu même avant la loi de 1893.

***578. Effet de l'interdiction du mari.** — L'*interdiction du mari* fournit un second exemple de séparation entre le domicile du mari et celui de la femme ; mais cet exemple est controversé (voyez ci-dessous, n° 581).

579. Effet de l'autorisation de faire le commerce. — Cette autorisation accordée à la femme peut entraîner pour elle, comme conséquence, l'acquisition d'un domicile particulier, distinct de celui du mari ; ce domicile lui servira de centre pour toutes ses opérations commerciales et déterminera la compétence du tribunal en cas de faillite (Cass., 14 juin 1883, D. 83. 1. 281, S. 84. 1. 257, note de M. Esmein). Mais la femme conserve, comme domicile principal, le domicile conjugal qui lui sert pour toutes les affaires étrangères à son commerce.

3° Domicile des interdits.

***580. Fixation de leur domicile chez leur tuteur.** — Les personnes interdites sont tantôt des *aliénés* (interdits judiciairement) et tantôt des *condamnés* à une peine criminelle (interdits légalement). Au point de vue du domicile il n'y a pas à distinguer entre eux. L'interdiction légale, comme l'interdiction judiciaire, donne lieu à la nomination d'un tuteur, et c'est toujours chez son tuteur que l'interdit est domicilié (art. 108). La tutelle des interdits ressemble à celle des mineurs et l'attribution d'un domicile légal se justifie par le même motif.

***581. Conséquence pour les femmes mariées.** — Quand la personne interdite est un homme marié, l'art. 108 produit des résultats bizarres. Si on lui donne *sa femme pour tutrice*, comme la chose est possible, les rôles sont intervertis : *le mari interdit est domicilié chez sa femme tutrice*, de sorte que, par un renversement de la situation naturelle, c'est le domicile de la femme qui détermine le domicile du mari, et la femme devient libre d'en opérer le changement.

Si on donne au mari *un étranger pour tuteur*, c'est chez cet étranger que se trouve désormais le domicile du mari. Faut-il dire, par voie de conséquence, que le domicile de la femme se trouve également chez le tuteur du mari? Quelques auteurs, appliquant à la lettre la disposition de l'art. 108, n'ont pas reculé devant cette conséquence (Demolombe, t. I, n° 363). Mais il est plus raisonnable d'admettre ici une exception, comme dans le cas de séparation de corps. L'interdiction du mari suspend l'exercice de la puissance maritale, et le tuteur, qui n'est à aucun point de vue substitué aux pouvoirs du mari, ne peut pas contraindre la femme à venir demeurer chez lui. Il n'y a donc aucune raison de considérer la femme comme domiciliée chez le tuteur de son mari (Aubry et Rau, t. I, § 143, note 7).

582. Interprétation restrictive de la loi. — L'art. 108 ne nomme que les *interdits*. Il ne faut donc pas étendre sa disposition aux *personnes pourvues d'un conseil judiciaire*. Celles-ci sont dans une situation comparable à celle du mineur émancipé ; elles conservent une *liberté suffisante pour avoir un domicile personnel.*

4° Domicile des domestiques et employés.

***583. Fixation de leur domicile chez leur maître.** — L'état de *domesticité* peut supprimer le domicile propre des personnes qui y sont soumises et leur donner, comme domicile d'emprunt, celui de la personne qu'elles servent.

584. Conditions de l'acquisition du domicile du maître. — Il faut d'abord que la personne vive réellement dans l'état de domesticité, que le Code ne nomme pas, par scrupule probablement, mais qu'il décrit d'une manière indubitable. Son texte vise les personnes qui *servent* ou *travaillent habituellement* pour une autre personne et qui *demeurent avec elles et dans la même maison* (art. 109). Cela fait deux conditions : le service pour autrui et la communauté d'habitation.

1° Le service doit être *habituel*. Un service temporaire ou intermittent ne suffirait donc pas, quand bien même l'employé serait logé chez son maître pendant la durée du service.

2° La communauté d'habitation est également nécessaire : une femme de ménage, qui vient du dehors travailler dans la maison bourgeoise où elle est employée, n'y est pas domiciliée. D'autre part la communauté

d'habitation ne suffirait pas davantage si elle était seule. Ainsi un fermier ou un métayer, logé, comme cela se fait quelquefois, dans la même maison que son maître, a un domicile propre. C'est un travailleur indépendant, un entrepreneur agricole qui travaille pour son propre compte, et non pour le compte du propriétaire de la terre.

***585. Professions régies par l'art. 109.** — La disposition de l'art. 109 s'applique non seulement à la profession de *domestique* proprement dite, mais à certaines situations plus relevées, comme celle des *secrétaires*, *régisseurs*, *précepteurs*, etc., qui remplissent les mêmes conditions.

586. Cas particulier. — Le texte prévoit le cas ordinaire, celui où le maître a pour domicile la maison où sont logés ses domestiques. Si les domestiques habitaient toute l'année une *maison de campagne où le maître n'aurait qu'une résidence passagère*, ils auraient néanmoins leur domicile dans cette maison, et non dans la ville, peut-être fort éloignée, où se trouve le domicile du maître.

***587. Personnes pouvant acquérir le domicile de leur maître.** — La loi dit : « *Les majeurs...* » Mais l'expression est doublement inexacte. D'abord la règle établie par cet article *ne s'applique pas à tous les majeurs.* On est d'accord pour reconnaître que la femme mariée, quoique placée chez autrui, conserve le domicile de son mari. Dans cette hypothèse, un conflit s'élève entre l'art. 109 et l'art. 108 ; il faut faire prévaloir le premier, parce que le domicile qu'il attribue à la femme est fondé sur une cause permanente et supérieure, le mariage, tandis que le domicile de l'art. 109 n'a qu'un motif accidentel et temporaire, le service chez autrui.

D'autre part, l'*art.* 109 *ne s'applique pas seulement aux majeurs.* Sans doute les mineurs non émancipés conserveront toujours le domicile de leurs parents ou de leurs tuteurs, quoiqu'ils soient mis en service chez autrui, mais on ne voit pas pour quelle cause le mineur émancipé qui a, comme le majeur, le droit de se choisir un domicile, n'emprunterait pas comme lui celui de son maître.

5° Domicile des fonctionnaires nommés à vie.

***588. Différence entre deux sortes de fonctionnaires.** — Les fonctionnaires sont presque tous obligés, soit par un texte exprès, soit par la nature de leurs fonctions, de résider dans le lieu où ils exercent, et en fait la plupart y établissent leur domicile. Cependant ils restent libres, en général, de conserver leur domicile antérieur ou de l'établir dans un autre endroit que celui de leurs fonctions. Par exception, quand il s'agit de fonctionnaires *nommés à vie*, la loi fixe elle-même leur domicile *au lieu où leur service les appelle* (art. 107).

589. Fonctions conférées à vie. — Ce sont celles qui sont tout à la fois *perpétuelles* et *irrévocables.* C'est le sens naturel des mots « fonctions à vie », et c'est ce qui résulte du rapprochement des art. 106 et 107 : aux fonctionnaires nommés à vie, la loi oppose ceux dont les fonctions sont *temporaires* ou *révocables.* Ainsi il suffit qu'une fonction soit temporaire, quoique irrévocable, ou bien qu'elle soit révocable, quoique perpétuelle, pour que le domicile de la personne ne soit pas déterminé par la loi. Comme exemples de fonctions irrévocables, mais temporaires, on peut citer la plupart des fonctions électives, celles des députés, des juges des tribunaux de commerce ; comme exemples de fonctions perpétuelles, mais révocables, celles des préfets, des juges de paix, des procureurs de la République et de leurs substituts, etc. C'est le cas de la plupart des fonctionnaires. Les fonctions à vie sont

peu nombreuses : ce sont celles des *juges* dans les *tribunaux civils*, des *conseillers* dans les *cours d'appel*, à la *Cour de cassation* et à la *Cour des comptes*. Il faut y ajouter les *notaires* qui, d'après l'art. 2 de la loi du 25 ventôse an XI, sont obligés à résidence, sous peine d'être considérés comme démissionnaires. Les *ecclésiastiques* nommés à un *évêché* ou à une *cure* avaient également leur domicile fixé par la loi, avant la séparation de l'Église et de l'État. Mais les militaires sont assimilés aux fonctionnaires révocables : ils n'ont pas de domicile légal et restent dans le droit commun. Ils ne changent donc pas de domicile en même temps que de garnison ; leur domicile peut se trouver autre part que dans leur caserne et rester stable ; mais rien ne les empêche de le déplacer, à tout changement de garnison, s'ils n'ont pas d'établissement qui les attache ailleurs et si telle est leur intention.

§ 4. — *Du changement de domicile.*

***590. Cas où le changement est possible.** — *Toute personne est libre de déplacer son domicile*, si elle le juge à propos, *à moins qu'elle ne se trouve dans un des cas où le domicile est fixé par la loi*, car le domicile légal s'impose à la personne, tant que dure la situation qui le lui vaut.

Comment se fait le changement de domicile? Il faut distinguer entre le *changement volontaire* et celui qui résulte de l'*acquisition d'un domicile légal.*

A. — Acquisition d'un domicile légal.

591. Mode d'acquisition du nouveau domicile. — Lorsqu'il se produit un des faits qui font acquérir un domicile légal (mariage, mise en tutelle, nomination à des fonctions à vie, etc.), le déplacement s'opère *instantanément*. Cette instantanéité est surtout remarquable lorsque le nouveau domicile n'est pas situé dans la même commune ou dans le même département que l'ancien. Ainsi quand une jeune fille de Paris se marie avec un Marseillais, elle se trouve domiciliée à Marseille dès le moment du mariage, quand même elle n'y serait jamais allée. Il en est de même du fonctionnaire qui accepte des fonctions à remplir dans une ville éloignée. Il se peut que ce fonctionnaire ne se rende pas immédiatement à son poste ; il y est néanmoins domicilié, et, s'il meurt avant de partir ou pendant la route, c'est dans le lieu où il avait été nommé que sa succession s'ouvrira. La solution est bizarre. Pothier, plus logique exigeait que le fonctionnaire fût arrivé à son poste pour qu'il y acquît un domicile.

Pour les fonctionnaires, il y a encore une autre observation à faire : il faut déterminer le moment précis auquel se produit ce déplacement du domicile. L'art. 107 dit que c'est l'*acceptation* qui emporte translation. Les fonctionnaires *n'acceptent* pas à proprement parler. Ils sollicitent ordinairement les fonctions qui leur sont confiées et, lorsqu'ils n'en veulent pas, ils les refusent. Mais ils ont à prêter serment ; quoique le serment *politique* soit aboli, le serment *professionnel* subsiste (GARSONNET, *Traité de procédure*, t. I, nos 105 et suiv.). C'est ce serment que l'on considère comme étant l'instant de l'acceptation. Or la prestation de serment ne se fait pas toujours dans la ville où doivent s'exercer les fonctions. Ainsi les magistrats des tribunaux civils prêtent leur serment devant la Cour d'appel du ressort. C'est

ce qui fait que l'acceptation peut être acquise et le domicile transféré avant que le fonctionnaire soit rendu à son poste.

B. — Translation volontaire.

***592. Conditions du transfert.** — Le *changement volontaire* du domicile suppose réunies deux conditions que l'art. 103 indique en ces termes : « *Le fait d'une habitation réelle* dans un autre lieu, joint à l'*intention d'y fixer son principal établissement* ». Il faut donc, d'une part, que la personne soit déjà *arrivée* dans l'endroit où elle compte habiter désormais ; le seul fait de s'y être préparé un logis et d'y avoir envoyé son mobilier ne suffirait pas, car on ne pourrait pas encore dire qu'elle y *habite* ; et si la mort la surprenait auparavant, le transfert du domicile n'ayant pas eu lieu, sa succession s'ouvrirait au lieu de son ancienne habitation. Il faut de plus l'*intention* d'avoir dans ce lieu son principal établissement, sans quoi le changement d'habitation ne serait qu'un changement de résidence.

593. Preuve du transfert. — Comment se fera la preuve de cette double condition? Le fait de l'habitation sera presque toujours facile à prouver, mais il n'en sera pas de même de l'intention de s'y établir. L'art. 104 organise un moyen de preuve qui supprimerait toute contestation, si les particuliers s'y conformaient : il suppose que quiconque change de domicile prend soin d'aller faire une déclaration expresse à la mairie du lieu qu'il quitte et une autre déclaration à celle du lieu où il vient se fixer. Ces déclarations ne sont pas obligatoires, et en pratique elles ne se font pas. Du reste, les deux déclarations seraient nécessaires ; une seule ne suffirait pas. — A défaut de ce moyen de preuve, l'art. 105 dit que « la preuve de l'intention dépend des circonstances ». La loi ne dit pas quels sont les faits qui pourront servir de preuve, et elle ne pouvait pas le dire. Il n'en est peut-être pas un seul qui, pris isolément, puisse y suffire. Ni la durée de la nouvelle résidence, ni la vente des anciennes propriétés, ni l'arrivée de la femme et des enfants, venant rejoindre le chef de famille, ni l'exercice d'un métier ou l'exploitation d'un commerce, ne peuvent à eux seuls prouver cette intention. Elle se dégagera plutôt d'une *série de faits ou d'actes*, que le tribunal appréciera. Certains faits pourtant auront plus de valeur que d'autres, parce que la pensée de changer de domicile s'y manifeste sous une forme juridique : par exemple cette personne a payé sans protestation, au lieu de sa nouvelle habitation, la contribution personnelle qui n'est due qu'au lieu du domicile ; elle s'est laissé assigner devant le tribunal du lieu, en matière personnelle, sans opposer l'exception d'incompétence (ceci suppose que son ancien domicile est situé dans le ressort d'un autre tribunal), ou encore dans un ou plusieurs contrats elle a déclaré qu'elle est domiciliée dans ce lieu.

***594. Moment auquel s'opère le transfert.** — Quand ces deux conditions sont réunies, le transfert du domicile s'opère immédiatement. Il n'est pas nécessaire que la personne ait déplacé sa fortune, qu'elle ait vendu les biens qu'elle possédait au lieu de son ancien domicile, qu'elle en ait acheté de nouveaux dans le lieu qu'elle vient habiter ; pourvu qu'elle ait l'intention de s'y établir, le seul fait d'y être arrivée suffit. Il n'est pas nécessaire que la résidence au lieu du nouveau domicile ait une certaine durée. Déjà dans l'ancien droit on avait abandonné depuis longtemps le système primitif qui exigeait une habitation d'an et jour (Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 173, sect. II, n° 31).

§ 5. — *Questions diverses sur le domicile.*

***595. Du domicile d'origine.** — L'enfant acquiert un domicile dès le moment de sa naissance : il prend celui de ses parents. Dans le droit moderne, conforme en cela aux idées de Pothier (*Introd. aux coutumes*, n° 12), ce premier domicile est un domicile ordinaire, qui peut être remplacé par un autre. Ce changement peut se produire même avant la majorité ou l'émancipation de l'enfant, si le domicile paternel se déplace, ou par la nomination d'un tuteur ayant un domicile différent. Une fois majeur ou émancipé, l'enfant devient capable de s'en choisir un autre ; mais s'il ne le fait pas, il conservera indéfiniment ce domicile originaire.

***596. Absence de domicile.** — La plupart des auteurs soutiennent qu'une personne ne peut pas rester sans domicile. Voici comment ils raisonnent : la loi parle toujours du *changement* de domicile, c'est-à-dire du remplacement de l'ancien par un nouveau, jamais de la *perte* pure et simple de domicile. Or toute personne en a au moins un dans sa vie : son domicile d'origine. Donc l'absence totale de domicile est impossible : eût-on quitté depuis longtemps le domicile paternel, n'y eût-on plus aucune attache, on l'a conservé, par cela seul qu'on n'en a pas acquis un autre.

Ce raisonnement est vicieux sur deux points : 1° La loi ne dit pas que le seul fait de la naissance dans un endroit y fait acquérir un domicile ; elle dit que l'enfant est domicilié *chez son père*. Si celui-ci n'a pas de domicile à transmettre à son fils, l'enfant n'en aura pas. Or ce cas n'est pas si rare qu'on peut le croire. Il y a des familles de bohémiens et de saltimbanques qui vivent depuis un temps immémorial à l'état nomade, ce qui exclut pour elles toute espèce de domicile. 2° Même en supposant l'existence d'un domicile à un moment donné, ce domicile peut se perdre sans être remplacé par un autre. On ne prouve pas l'impossibilité de cette perte en disant que la loi ne l'a pas prévue, car un législateur ne prévoit jamais tout. D'ailleurs, est-on bien sûr que la loi ne l'ait pas prévue? L'art. 59 C. proc. civ. permet d'assigner devant le tribunal de la résidence, « quand il n'y a pas de domicile ». On prétend, il est vrai, que ces mots doivent être interprétés par ceux de l'art. 69-8° du même Code : « Ceux qui n'ont aucun domicile connu en France. » Mais ce rapprochement prouve simplement que les deux cas sont équivalents au point de vue de la procédure. D'un autre côté, l'art. 269 C. pén. punit ceux « qui n'ont pas de domicile certain », c'est-à-dire d'habitation fixe. On peut donc être *sans feu ni lieu* (*focus :* foyer, maison) : cet état a un nom, c'est le *vagabondage*, et il existe en droit comme en fait, puisque la loi en fait un délit.

On cite quelques arrêts (Cass., 24 avril 1883, D. 84. 1. 101 ; Cass., 23 mai 1890, S. 90. 1.

420), comme ayant consacré la doctrine commune sur l'impossibilité de perdre son domicile, tant qu'on n'en a pas acquis un autre ; mais ce sont des décisions d'espèces, constatant simplement que les personnes dont il s'agissait n'avaient pas manifesté l'intention d'abandonner leur domicile antérieur pour se fixer définitivement dans leur nouvelle résidence. Il y a loin de là au principe absolu qu'on prétend en tirer, et l'absence complète de domicile reste *théoriquement réalisable* dans certains cas exceptionnels.

****597. De l'unité du domicile.** — Tout ce qui a été dit jusqu'ici suppose qu'il est impossible qu'une même personne ait plusieurs domiciles à la fois. Le principe de l'unité du domicile a été établi par le Code ; on admettait autrefois, à titre d'exception et en se fondant sur les lois romaines, qu'une personne pouvait avoir deux domiciles, par exemple quand elle résidait une moitié de l'année dans un endroit et l'autre moitié dans un autre. Malleville avait demandé dans la discussion que l'on conservât cette tradition, mais l'avis contraire prévalut. Aujourd'hui, l'un de ces deux domiciles ne serait plus qu'une résidence. L'unité du domicile a été affirmée au Conseil d'État par Tronchet, au Tribunat par Malherbe, et elle résulte des dispositions du Code civil, quoique aucun article ne la vise expressément. En effet, la définition que l'art. 102 donne du domicile exclut toute pluralité : le texte se règle sur le *principal* établissement, qualification qui ne peut convenir qu'à un seul. D'autre part, l'acquisition d'un nouveau domicile est présentée comme étant toujours le déplacement de l'ancien : il y a *changement* de domicile et non pas *addition* du second au premier. Enfin tous les articles du Code et des autres lois sur les tutelles, sur les successions, sur les faillites, sur la compétence, etc., supposent toujours que le domicile de chaque personne est unique. — Au contraire du nôtre, et avec raison, le Code allemand admet la pluralité de domiciles (art. 7, C. civ. all.).

De l'unité du domicile découle une conséquence nécessaire. Certaines personnes se voient attribuer par le Code *deux domiciles légaux* : telles sont les femmes mariées qui entrent, comme on dit, « en condition » et se placent chez un maître. Elles n'ont pas pour cela deux domiciles à la fois ; le domicile qui leur est attribué comme femmes mariées l'emporte, à raison de l'importance et de la durée de la cause, sur celui que la loi leur donne en leur qualité de domestiques. Voyez ci-dessus, nº 587.

***598. Pluralité des domiciles spéciaux.** — Domat admettait qu'une personne n'avait qu'un *domicile principal*, mais qu'elle pouvait avoir plusieurs domiciles autres que celui-là. Ces domiciles secondaires dont Domat reconnaissait l'existence n'étaient en réalité que des *résidences*, et c'est à ce titre seulement qu'on pourrait les rencontrer aujourd'hui. Mais le droit moderne a créé des *domiciles spéciaux* qui peuvent s'acquérir sans faire disparaître le domicile principal : tel est le domicile des *femmes commerçantes* dont il a été déjà parlé (nº 579). Tel est encore le domicile reconnu aux *déportés* et *transportés* dans le lieu où ils subissent leur peine (L. 25 mars 1873, sur les déportés à la Nouvelle-Calédonie, art. 17 ; Décr. 31 août 1878, sur la condition des transportés concessionnaires de terrains, art. 15, remplacé par Décr. 18 janvier 1895, art. 32). Ces deux textes reconnaissent aux condamnés un domicile spécial dans le lieu où ils subissent leur peine, pour l'exercice des droits civils qui leur est accordé dans la colonie pénitentiaire. Cela ne les empêche pas de conserver leur domicile principal en France pour les biens qu'ils y ont laissés et qui sont confiés à leur tuteur.

Section II. — **De l'élection de domicile.**

****599. Définition.** — Lorsque l'on traite avec une personne domiciliée dans un endroit éloigné, il serait incommode et dispendieux d'aller plaider au loin, si quelque difficulté survenait pour l'exécution du contrat. Il est alors avantageux de modifier par une convention contraire les effets légaux du domicile. On convient donc que le tribunal de l'endroit où l'on se trouve, ou de l'arrondissement dans lequel habite l'une des parties, sera compétent pour juger le différend. On exprime cette convention en disant qu'on fait *élection de domicile*, dans telle commune.

On peut se borner là : l'élection de domicile se réduit parfois à l'*indication d'une commune.* Mais le plus souvent l'élection de domicile comporte un second élément : l'*indication d'une personne* qui habite réellement dans la commune désignée et qui y représentera la partie absente. Ordinairement cette personne est un homme d'affaires, un notaire ou un avoué ; par exemple, pour l'exécution d'un contrat à Paris, « les parties font élection de domicile chez Me X..., avoué près le tribunal de la Seine ».

600. Nature de l'élection de domicile. — On dit généralement que le domicile d'élection est un *domicile fictif choisi par les parties pour l'exécution d'une convention.* Cette définition a le tort de faire croire que le domicile d'élection est un *domicile.* A proprement parler, le domicile élu n'est pas même un domicile fictif, et tous les effets qu'il produit, ainsi que toutes les règles qui lui sont applicables, deviennent beaucoup plus claires dès qu'on ne voit plus en lui qu'une *dérogation conventionnelle aux effets normaux du domicile réel.* Cette dérogation s'analyse en un double élément : une *attribution de compétence à un tribunal autre que celui du domicile du défendeur* et une *constitution de mandataire.*

****601. Effets.** — Chacun des deux éléments de l'élection de domicile produit son effet propre.

L'indication du lieu fixe la *compétence du tribunal.* Si une contestation s'élève relativement au contrat pour lequel l'élection de domicile a été faite, elle sera portée devant le tribunal dans le ressort duquel le domicile a été élu. *Ce premier effet se produit toujours*, car l'élection de domicile comprend nécessairement l'indication d'une localité déterminée.

L'indication d'une personne chargée de représenter dans ce lieu la partie qui y a élu domicile permet de lui adresser les *assignations*, *notifications* et généralement tous les actes de la procédure. A défaut de ce mandataire, les exploits doivent être *remis au domicile réel* de la partie.

Il faut du reste observer que cette remise des exploits au mandataire désigné, même quand il y en a un, est facultative. C'est une facilité accordée à l'autre partie, qui est libre d'y renoncer et de s'adresser au domicile réel de l'adversaire. Aussi l'art. 111 dit-il que les significations, demandes et poursuites *pourront* être faites au domicile convenu.

Le rôle pratique de l'élection de domicile est donc considérable ; elle dispense la partie qui l'obtient d'aller plaider dans une autre ville et elle simplifie la procédure en permettant de faire toutes les significations sur place, sans les envoyer au loin.

602. Portée restreinte des dérogations. — A moins de conventions contraires l'élection de domicile n'équivaut pas à l'indication d'un lieu pour le paiement : elle sert pour l'*exécution forcée*, qui se fait au moyen de poursuites en justice, et *non pour l'exécution volontaire* de la convention. Elle ne confère pas davantage de *pouvoirs particuliers* à la personne chargée de recevoir les exploits. Par exemple, elle ne lui permet pas de toucher la somme due.

603. Spécialité du domicile d'élection. — Le domicile élu est toujours spécial : il ne vaut que pour l'acte en vue duquel il a été choisi ; pour toute autre opération, le domicile réel subsiste. C'est l'effet ordinaire des conventions ; elles ont une portée restreinte et déterminée par leur objet.

***604. Durée du domicile d'élection.** — L'élection de domicile est une clause accessoire qui fait partie d'une convention et qui dure autant qu'elle. Les parties sont *liées*, et le domicile élu subsiste *tant que l'acte pour lequel il a été choisi n'est pas entièrement exécuté.*

Conséquences. — 1° Quand la personne qui a élu domicile vient à mourir, *le domicile élu passe à ses héritiers* et s'impose à eux, comme la convention à laquelle il se rattache. En cela il diffère du domicile ordinaire qui n'est pas transmissible : les héritiers n'acquièrent pas le domicile réel du défunt ; ils conservent le leur. — Cette première conséquence s'explique, puisqu'il ne s'agit pas d'un véritable domicile, mais d'une convention dérogeant aux effets du domicile.

2° *Le domicile élu ne peut pas être changé par la seule volonté de celui qui l'a choisi*, à moins que l'élection n'ait été faite dans un intérêt exclusif. L'auteur de l'élection de domicile est lié par la convention, et, pour la modifier, il lui faut le consentement de l'autre partie.

Toutefois il ne faudrait pas s'exagérer cette immutabilité ; il y a une modification qui peut être faite sans porter atteinte à la convention. Si le mandataire chargé de représenter l'absent a perdu sa confiance, ou s'il est mort, celui qui a fait l'élection de domicile peut indiquer une autre personne à sa place. Il est bien indifférent au créancier d'adresser ses significations à Pierre ou à Paul, pourvu que la personne substituée à la première réside dans la même ville, de sorte qu'il n'ait pas à souffrir du changement.

605. Par qui et quand peut être faite l'élection de domicile. — Elle peut être faite par une seule des deux parties ou par toutes les deux à la fois. Le plus souvent elle est purement facultative ; c'est l'une des parties qui l'impose à l'autre comme condition de la convention ; mais il est rare que la loi en fasse une obligation. On cite seulement l'art. 176, qui exige une élection de domicile de la part de celui qui fait opposition à un mariage, et l'art. 2148, qui impose la même obligation au créancier qui prend une inscription hypothécaire sur les biens de son débiteur.

L'élection de domicile se fait d'habitude au même moment que la convention principale, et c'est ce que prévoit l'art. 111, qui la suppose contenue dans l'acte. Mais rien n'empêche de la faire postérieurement par acte séparé.

***606. Élection de domicile au domicile réel.** — La loi suppose que l'élection est faite *dans un lieu autre que celui du domicile réel.* C'est dans ce cas, en effet, qu'elle offre ses plus grands avantages, mais elle a encore un

rôle utile à jouer quand elle est faite *au domicile ordinaire*. Elle évite alors les déplacements de compétence et de poursuites, qui se produiraient par la mort de l'une des parties laissant des héritiers au loin, ou par son déménagement. Grâce au caractère conventionnel de l'élection, le domicile primitif subsisterait comme domicile élu, même après sa disparition comme domicile réel. Aussi la clause par laquelle « pour l'exécution des présentes, les parties font élection de domicile en leurs demeures sus-indiquées » est-elle devenue de style.

607. Forme de l'élection de domicile. — La loi ne prévoit que l'élection qui est contenue dans un acte *écrit*. C'est la seule qu'on rencontre en pratique ; on ne fait pas d'élection de domicile par convention *verbale*, à cause des difficultés de la preuve. L'élection de domicile n'a pas besoin d'être convenue en termes sacramentels ; il suffit que la volonté des parties soit claire et certaine, mais aucune autre clause, pas même l'indication du lieu où doit se faire le paiement, ne lui est équivalente.

L'élection de domicile *tacite*, qui résulte des circonstances, a été aussi admise ; toutefois on n'en connaît d'exemples que pour les personnes morales (État et grandes compagnies).

Section III. — De la résidence

***608. Définition.** — La résidence est *l'endroit où une personne fixe pour un temps son habitation*. Ordinairement la résidence se confond avec le domicile, mais elle peut en être séparée, et c'est alors que le mot « résidence » prend une valeur technique. Tout endroit où la personne séjourne d'une manière un peu prolongée devient pour elle une résidence, alors que son domicile resterait fixé dans un autre endroit.

***609. Caractères.** — La résidence, considérée comme distincte du domicile, présente deux caractères particuliers.

1° Elle n'est pas *réglementée par la loi*. Le droit s'est occupé du domicile ; il l'a soumis à des règles précises ; il a déterminé les conditions de son établissement et de son déplacement ; il lui a ainsi donné un *caractère juridique* ; au contraire, la résidence est restée à l'état de *pur fait*.

2° La résidence a une *stabilité moindre* que le domicile. En principe, elle se perd dès qu'on la quitte.

Toutefois cela doit s'entendre avec une certaine mesure. Ainsi une personne en résidence dans un endroit ne cesse pas d'y résider parce qu'elle s'absente quelques heures ou même quelques jours pour faire une excursion.

610. Effets de la résidence. — La résidence a beaucoup moins d'importance que le domicile. En principe, elle ne produit *pas d'effets juridiques* : c'est au domicile qu'ils sont attachés ; lui seul a une valeur légale ; la résidence n'est qu'un fait dont la loi ne tient pas compte. — Par dérogation à ce principe, la loi attribue à la résidence certains effets.

1° Elle remplace le domicile, quand il est inconnu. On s'en sert, par exemple, pour les assignations (art. 69-8° C. proc. civ.).

2° Elle permet le mariage dans la commune quand elle a une durée d'un mois (art. 74 modifié par la loi du 21 juin 1907).

3° Elle permet de prendre part aux distributions de secours de l'Assistance publique (L. 24 vendémiaire an II, tit. V).

4° Elle donne quelquefois compétence aux tribunaux. Les étudiants, les militaires peuvent

être assignés pour fournitures courantes au lieu de leur résidence, quoiqu'ils n'y aient pas leur domicile. Ceci a été admis sans texte, pour l'utilité de la pratique.

CHAPITRE VII

DE L'ABSENCE

§ 1. — *Notions générales.*

****611. Définition.** — Le mot « absence » a dans la science du droit un sens technique différent de son sens ordinaire. Dans le langage courant, l'absent est celui qui ne se trouve pas, à un moment donné, dans le lieu où il devrait être : le député qui n'assiste pas à une séance, l'étudiant qui manque un cours, sont *absents*. Ce sens est tellement large qu'on a besoin de préciser, en disant « absent à la séance » ou « absent au cours ». Quelquefois le mot s'emploie d'une manière absolue, sans qu'on ait besoin de dire de quel endroit la personne est absente, parce que ce lieu est sous-entendu. On dira par exemple : « M. B... est absent » pour dire : « il est en voyage » ou « hors de chez lui ». Le lieu d'où il est absent est son domicile, et on n'a pas besoin de le dire, parce que son domicile est le lieu normal de sa présence. Le mot se rapproche en ce cas du sens qu'on lui donne en droit : l'absent est avant tout *celui qui ne se trouve plus à son domicile*. C'est par là que la théorie de l'absence se rattache à celle du domicile, et que se justifie la place qu'on lui donne. Mais à cette idée première il faut qu'il s'en joigne une autre pour constituer la véritable absence, au sens légal du mot, et cette seconde idée est l'*incertitude sur l'existence de la personne*. L'absent est donc *celui qui a disparu de chez lui sans qu'on ait eu de ses nouvelles, de sorte qu'on ne sait pas s'il est mort ou vivant*.

C'est cet *état d'incertitude* qui caractérise l'absence juridique.

***612. Distinction des absents, des non présents et des disparus.** — Il importe de distinguer les véritables absents (ceux dont l'existence est devenue incertaine) de deux autres catégories de personnes :

1° Les « absents », au sens vulgaire du mot, *sur l'existence desquels on n'a aucun doute*, bien qu'ils soient loin de chez eux. Pour éviter des confusions, on a pris l'habitude de désigner ces derniers par le mot *non présents*, que le Code civil emploie lui-même dans l'art. 840.

2° *Les personnes disparues, dont le décès est certain.* L'absence est l'incertitude de vie ou de mort, due au défaut de nouvelles. Dans certaines hypothèses, il y a certitude du décès, bien qu'on ne retrouve pas le cadavre.

La distinction est facile à faire en examinant les circonstances qui font croire à la mort. Dans l'absence proprement dite, une seule chose fait supposer le décès, c'est le *défaut prolongé de nouvelles*; mais la personne absente ne s'est pas trouvée *exposée à un péril de mort connu d'une façon directe*. Au contraire, dans le cas où il y a disparition, accompagnée de la certitude du décès, on connaît l'*accident particulier qui a causé la mort*; on a vu la personne à ce moment même, ou tout au moins on sait d'une façon positive qu'elle était à l'endroit où l'accident s'est produit, par exemple dans une galerie de mine au moment d'un coup de grisou. Le Premier Consul disait en termes très nets : « On peut dire de cet homme qu'il a *disparu*; on ne peut pas dire qu'il est *absent*. »

***613. Importance des effets de l'absence.** — L'absence fait naître une foule de questions. Que vont devenir les biens délaissés par l'absent? Quels sont les droits de ses héritiers présomptifs? Que devient son conjoint? Peut-il se remarier? La communauté de biens qui existait entre les deux époux continue-t-elle? Et ses enfants mineurs, s'il en a, par quelles mesures les protégera-t-on? Et bien d'autres questions encore. Aucune ne peut être tranchée d'une manière ferme, puisqu'on ignore justement ce qu'il faudrait savoir pour y répondre, c'est-à-dire si l'absent est encore vivant ou s'il est mort. Aussi est-il étonnant que l'on soit arrivé jusqu'au Code civil sans avoir de législation sur la matière. Le droit romain en parle peu, et la jurisprudence de l'absence était à peine ébauchée dans notre ancien droit. Le Code civil, au contraire, renferme sur l'absence des dispositions détaillées, et qui ont fait naître des controverses nombreuses; mais les rédacteurs de la loi ont pour excuse la nouveauté du sujet et les difficultés qui lui sont inhérentes. D'ailleurs la plupart des questions agitées par les auteurs ne se présentent pas dans la pratique : presque toutes supposent que la personne disparue revient à un moment où on ne l'attend plus; or ce fait est extrêmement rare, presque tous les absents sont des personnes décédées pour lesquelles on ignore indéfiniment l'époque et le lieu du décès.

614. Diminution progressive des cas d'absence. — Les questions que soulève l'absence sont de nature à se poser fréquemment. Le nombre des personnes qui disparaissent sans qu'on puisse savoir si elles sont mortes ou vivantes est plus grand qu'on le croit : la guerre, la navigation, les voyages de découverte, les disparitions volontaires, les assassinats ou les suicides inconnus, sont autant de causes d'absence. Toutefois le nombre des cas d'absence tend à diminuer, et leur diminution tient à deux causes :

1° La première est *la facilité croissante des communications*. Il devient de plus en plus facile à celui qui vit au loin de faire parvenir de ses nouvelles à sa famille, et lorsqu'il meurt, fût-ce en Australie ou au Japon, ses parents peuvent presque toujours obtenir la preuve de son décès aussi aisément que s'il était mort en France.

2° Une seconde cause est la transformation opérée dans les modes de constatation officielle des décès depuis qu'on a autorisé les tribunaux à rendre des *jugements déclaratifs de décès* (Décr. de 1813; L. 8 juin 1893. — Voir ci-dessus, n°s 507 à 514). On a diminué par là le nombre des cas d'absence dans une notable proportion, puisque autrefois on aurait été

réduit à suivre la procédure de l'absence p ur toutes les personnes décédées dont le cadavre a disparu.

615. Plan à suivre en matière d'absence. — L'absence n'est pas une matière juridique homogène : c'est un fait, dont les effets se font sentir sur des matières très diverses. Il en est de l'absence comme de la mort, qui ouvre la succession, dissout le mariage et la communauté ; met fin à l'usufruit, à la puissance paternelle ; ouvre la tutelle des enfants du défunt, etc. Il n'y a pas lieu de grouper tant d'effets différents sous prétexte qu'ils ont une cause unique. C'est cependant ce que le Code a fait dans le titre « Des absents » ; mais dans l'enseignement, la meilleure manière d'expliquer les effets de l'absence, c'est de les répartir dans les divers chapitres qu'ils concernent. Il n'y a lieu d'exposer pour le moment que les idées générales qui ont guidé les auteurs de la loi (1).

§ 2. — *Les trois périodes de l'absence.*

***616. Idée générale du système de la loi.** — L'absence ne produit d'effet qu'après avoir été l'objet d'une *vérification régulière* qui est faite *par la justice.* L'état d'absence peut exister en fait longtemps auparavant ; mais il ne devient un état de droit, produisant des conséquences juridiques, qu'après un jugement du tribunal civil, qu'on appelle *jugement de déclaration d'absence* (art. 115 à 119).

Avant cette déclaration judiciaire de l'absence, la personne dont on n'a pas de nouvelles n'est pas encore considérée comme étant véritablement absente. On dit qu'elle est simplement *présumée absente* ; c'est l'expression dont la loi elle-même se sert (art. 112, 113, 114) ; et l'on donne à cette période d'attente, qui précède le jugement, le nom de *présomption d'absence*, par opposition à la période d'absence déclarée. Voyez dans le Code civil l'intitulé du chapitre 1er du titre « De l'absence ».

A cette période en succède une autre, celle de l'*absence déclarée* ; mais celle-ci à son tour se subdivise, selon l'importance des effets qui se produisent : la justice est appelée à ordonner d'abord un *envoi en possession provisoire* des biens de l'absent ; puis, après un intervalle plus ou moins long, un *envoi en possession définitif.*

A. — Période de présomption d'absence.

1° Notions générales.

617. Sa durée. — On verra (ci-dessous, nos 624-629) que cette période dure *au moins* 5 ans ou 11 ans, selon les cas.

***618. Suspension provisoire des effets de l'absence.** — En principe, les effets de l'absence se produisent seulement après sa *constatation officielle par l'autorité judiciaire* (ci-dessus, n° 616). Ce jour-là l'absence étant légalement constatée, ses effets se réalisent, mais ils ne peuvent pas se réaliser auparavant. Cependant ce principe souffre des exceptions. Il y a

(1) Le programme officiel de juillet 1904 a mis l'absence en 3e année ; il est cependant indispensable d'en avoir une notion sommaire dès la première année, puisqu'on en trouve des applications à propos du mariage, de la puissance paternelle et de la tutelle.

quelques effets de l'absence qui se produisent avant tout jugement, dès l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles.

***619. Effets produits par anticipation.** — Les effets qui se produisent immédiatement sont :

1° L'impossibilité de comprendre l'absent dans le *partage d'une succession* à laquelle il se trouve appelé, mais qui s'est *ouverte depuis sa disparition* (art. 135 et 136). Pour prendre part à une succession il faut exister au moment où elle s'ouvre (art. 725). Or, cette preuve ne peut pas être fournie au nom du présumé absent, puisque, par hypothèse, son existence est déjà incertaine.

2° La possibilité de prendre, relativement à ses biens, *des mesures provisoires de protection* (art. 112 à 114). Cette seconde anticipation sur les effets du jugement se justifie par des raisons d'urgence.

3° L'organisation d'une *tutelle provisoire pour les enfants mineurs*, s'il n'existe pas déjà une tutelle organisée et confiée à une autre personne (art. 141 et 143). Mêmes motifs que pour la dérogation précédente.

Le second point est le seul qui appelle dès maintenant des explications ; les deux autres se retrouveront à propos des successions et de la tutelle.

2° Protection provisoire des biens du présumé absent.

***620. Comment cette protection devient nécessaire.** — Les effets de l'absence ne se produisent en principe qu'à partir de la déclaration d'absence faite par la justice ; mais les biens de l'absent peuvent être en souffrance bien avant ce moment. D'abord il est possible (et cela est très fréquent) qu'il n'ait pas laissé de mandataires, et le jugement déclaratif d'absence ne peut intervenir que cinq ans, au plus tôt, après sa disparition. Même si l'absent a pris soin de laisser un procureur fondé, ce mandataire peut mourir ou devenir incapable peu de temps après la disparition de son mandat, et alors il faut attendre l'expiration de la onzième année, qui est en ce cas le terme de la période de présomption d'absence : le délai est encore plus long. Dans l'intervalle, quand des mesures deviendront nécessaires, qui les prendra? Si l'absence était déjà déclarée, les héritiers présomptifs se feraient envoyer en possession et auraient qualité pour administrer les biens ; mais, en attendant, personne n'a de pouvoirs pour agir. Il ne reste donc qu'une ressource : s'adresser au tribunal qui ordonnera les mesures à prendre. C'est ce que permet de faire l'art. 112.

621. Compétence. — Quel sera le tribunal compétent? La loi ne le dit pas. Par conséquent, en l'absence de toute dérogation aux principes généraux, nous devons admettre que c'est le *tribunal du dernier domicile* de la personne dont il s'agit (arg. art. 59 C. proc. civ.). S'il y a lieu de vérifier sur place l'état des lieux pour des immeubles sis dans un autre arrondissement, il pourra envoyer une *commission rogatoire* au tribunal dans le ressort duquel ces biens se trouvent.

***622. Qui a le droit d'agir.** — Les personnes qui ont le droit de provoquer l'intervention de la justice sont, d'après l'art. 112, « les parties intéressées ». Cette expression comprend en première ligne tous ceux qui ont des droits *actuels* sur le patrimoine de l'absent ou dont les intérêts sont confondus avec les siens, par exemple son conjoint, son associé, ses créanciers. Elle comprend aussi ceux qui ont sur ses biens des droits *subordonnés à son décès*, par exemple ses héritiers présomptifs, ses légataires. Enfin le *ministère public*, chargé spécialement par l'art. 114 de veiller sur les intérêts des personnes présumées absentes, aurait aussi le droit de saisir le tribunal. — Pour la procédure à suivre, voyez l'art. 859 C. proc. civ.

***623. Mesures à prendre.** — Quelles mesures peuvent être ordonnées par la justice? Il n'y a pas à poser de règles fixes. Tout dépend des circonstances. Aussi la loi n'a-t-elle rien précisé ; elle a tout laissé à l'arbitrage des tribunaux. La seule règle à laquelle ils doivent toujours se conformer, c'est de procéder avec prudence. « En cas de nécessité », dit l'art. 112. La *nécessité* seule justifie l'immixtion de la justice dans la gestion des affaires d'un absent ;

il importe avant tout de respecter le secret de sa vie et de ses affaires. Cette nécessité, qui rend légitime l'action de la justice, en détermine en même temps l'étendue : le tribunal ne doit faire que le nécessaire. Par exemple, s'il s'agit seulement d'une *réparation* à faire, il pourra ordonner le travail et désigner la personne qui en sera chargée ; s'il y a tout un *ensemble d'opérations* à exécuter, le tribunal peut nommer un *curateur* pour représenter l'absent et lui donner des pouvoirs plus ou moins larges selon les besoins.

Un cas particulier a été prévu par la loi, c'est celui où le présumé absent est *intéressé dans un partage* de communauté, de société ou de succession. Lorsque la masse à partager provient d'une succession, il faut supposer que la succession s'est ouverte avant la disparition du présumé absent, parce que si son ouverture était postérieure à la disparition, la personne dont l'existence est devenue incertaine n'y aurait aucun droit, et la succession devrait être partagée provisoirement, comme si cette personne n'existait pas (art. 136 et ci-dessus, n° 619). Si les copropriétaires de l'absent demandent le partage, on ne peut pas le leur refuser. Il y a donc nécessité de désigner quelqu'un pour représenter l'absent et défendre ses intérêts dans le partage, et dans toutes les opérations d'inventaire, de compte et de liquidation qu'il nécessite. La loi veut que le représentant de l'absent soit un *notaire* et qu'il soit *commis par le tribunal* (art. 113).

Il ne faut pas confondre le notaire commis dans les circonstances qui viennent d'être indiquées pour représenter un *présumé absent* avec le notaire qui représente un ou plusieurs *non présents* dans une *levée de scellés* ou dans un *inventaire*, en vertu des art. 928, 931 et 942 C. proc. civ. D'après ces articles, c'est le président et non le tribunal qui désigne le notaire, et un seul notaire peut représenter tous les non présents intéressés dans l'affaire, tandis que d'après l'art. 112, c'est le tribunal entier qui le désigne, et il faudrait nommer plusieurs notaires s'il y avait plusieurs personnes en état de présomption d'absence et ayant des intérêts distincts. En outre, la mission du notaire se termine avec l'inventaire quand il s'agit d'un non présent (voyez cependant trib. de Lons-le-Saulnier, 22 mai 1912, D. 1913. 2.322) ; elle va jusqu'au partage, quand il s'agit d'un présumé absent.

B. — Période de l'absence déclarée.

1° De la déclaration d'absence.

***624. Délai variable établi par la loi.** — A quel moment l'absence peut-elle être déclarée par le tribunal? La loi fait une distinction assez raisonnable. Lorsque, avant de s'éloigner, la personne qui se trouve aujourd'hui en état d'absence a pris soin de laisser derrière elle un *procureur fondé*, c'est-à-dire un mandataire pour administrer ses biens, il est raisonnable de retarder la déclaration, puisque l'intéressé lui-même a prévu qu'il serait longtemps sans revenir, et d'autre part on peut le faire sans trop d'inconvénients, puisqu'il a laissé quelqu'un pour agir à sa place. Dans ce cas, la déclaration d'absence ne peut être demandée que *dix années révolues* après sa disparition ou ses dernières nouvelles (art. 121).

Mais lorsque le présumé absent n'a point laissé de procureur fondé, on doit croire au contraire que sa disparition a été involontaire et imprévue ; il a pu périr par accident ou être tué. D'autre part, on doit se hâter de prendre des mesures dans son intérêt, puisque personne n'a qualité pour le représenter. Alors le délai est réduit et la déclaration d'absence peut être demandée *quatre ans* après ses dernières nouvelles (art. 115).

Comme la procédure pour arriver au jugement déclarant l'absence dure

au moins un an, le délai total entre la disparition et le jugement déclaratif d'absence est, suivant les cas, de *cinq* ou de *onze* années.

625. Insuffisance d'une procuration spéciale. — La procuration qui a pour effet de retarder la déclaration d'absence doit être *générale* et donner au mandataire les pouvoirs nécessaires pour agir en toutes sortes d'affaires. La loi elle-même lui suppose ce caractère quand elle dit, dans l'art. 120, « *procuration pour l'administration de ses biens* ». Et cela est tout naturel : si l'absent avait donné une procuration *spéciale* pour une affaire déterminée, c'est peut-être parce qu'elle devait se conclure loin de son domicile ou exiger des démarches dont il a voulu se débarrasser ; dès lors, on ne serait plus en droit de dire qu'il a prévu lui-même son absence et que son silence s'explique. D'autre part, la présence d'un mandataire à pouvoirs limités ne suffit pas pour sauvegarder tous ses intérêts, puisqu'en dehors des termes précis de sa procuration ce mandataire n'a pas plus de pouvoirs que le premier venu.

626. Point de départ du délai. — Les quatre ou les dix années se comptent à partir du jour où l'incertitude a commencé, c'est-à-dire *du jour même de la disparition*, si la personne a disparu subitement, étant présente à son domicile, ou *du jour de ses dernières nouvelles* si elle était en voyage ou dans une résidence éloignée. Par « dernières nouvelles », il faut entendre soit le jour où elle a expédié sa dernière lettre, soit celui où elle a été vue pour la dernière fois, et non pas le jour où ses parents et amis ont reçu ces nouvelles, jour qui peut être postérieur de plusieurs mois à leur date réelle.

627. Personnes qui peuvent agir en déclaration d'absence. — L'art. 115 accorde ce droit aux *parties intéressées*. Il faut entendre par là toutes les personnes qui ont des *droits subordonnés au décès de l'absent*. Ce sont :

1° Ses *héritiers présomptifs*, qui en vertu de la déclaration d'absence peuvent obtenir *l'envoi en possession* de ses biens, avec le droit d'en percevoir les fruits et revenus d'une manière plus ou moins complète.

2° Ses *légataires* et *donataires de biens à venir* (1). Ils sont dans une situation analogue à celle des héritiers et ils seraient appelés comme eux à recueillir les biens de l'absent, s'il était réellement mort.

3° Son *conjoint*, qui peut avoir intérêt à demander le partage de la communauté conjugale ou à exercer d'autres droits en vertu de son contrat de mariage.

4° Les *nus propriétaires* des biens dont l'absent avait l'usufruit, car l'usufruit s'éteint à la mort de l'usufruitier et le nu propriétaire reprend alors la jouissance de sa chose.

5° Les *donateurs*, qui avaient fait donation d'un bien à l'absent avec *clause de retour*, c'est-à-dire en stipulant qu'ils reprendraient le bien donné si le donataire mourait avant eux.

628. Procédure à suivre. — C'est le tribunal du *dernier domicile* de l'absent qui est compétent. Les demandeurs en déclaration d'absence n'ont devant eux aucun adversaire. Par conséquent, la demande s'introduit, non par un ajournement, mais au moyen d'une *requête* adressée au président du tribunal, et la procédure s'engage contradictoirement avec le *ministère public*, chargé de défendre les intérêts de l'absent. L'absent est donc *représenté* par le procureur de la République. Par suite, il ne pourrait pas après son retour former *tierce opposition* contre le jugement qui a déclaré l'absence (2).

Afin de vérifier si l'incertitude sur l'existence de l'absent est sérieuse, le tribunal doit *ouvrir une enquête*, c'est-à-dire entendre des témoins, cités les uns par les demandeurs, les autres par le ministère public, et qui seront autant que possible les personnes les mieux renseignées sur la conduite de l'absent et sur les circonstances de sa disparition. Le tribunal ne pourrait pas déclarer l'absence sans recourir préalablement à ce moyen d'information ; son emploi est indispensable (art. 116). Et même, pour plus de sûreté, la loi veut que cette

(1) Le donataire de biens à venir est une sorte d'héritier institué par contrat, ce qui fait que la donation de biens à venir s'appelle aussi *institution contractuelle*. Elle ne peut se faire que par contrat de mariage ou entre époux.

(2) La tierce opposition est une voie de recours contre les jugements ouverte à ceux qui n'ont pas été *parties* dans l'instance.

enquête ait lieu à la fois dans l'arrondissement du dernier domicile et dans l'arrondissement de la dernière résidence, si ces deux endroits étaient distincts (même art.). Il doit donc être rendu deux jugements successifs, l'un qui ordonne l'enquête et que l'art. 118 appelle *jugement préparatoire* (il serait plus exactement nommé *jugement interlocutoire*) (1) ; l'autre qui déclare l'absence, et que le texte appelle *jugement définitif*.

629. Délai d'un an. — Lorsque l'existence du prétendu absent paraît certaine au tribunal, il peut, sans formalités et sans délai, rejeter la demande. Mais si, l'incertitude étant sérieuse, le tribunal est d'avis de déclarer l'absence, il ne peut le faire « *qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête* » (art. 119). Ce délai a paru utile pour donner à l'absent le temps d'être informé de la demande dirigée contre lui.

630. Publicité de la procédure. — Dans l'intérêt de l'absent qui peut avoir gravement à souffrir de la déclaration d'absence, la loi veut que les deux jugements, tant *préparatoire* que *définitif*, soient envoyés au *ministre de la justice*, qui est chargé de les rendre publics (art. 118). La loi ne dit pas par quel moyen. En fait, cette publication a lieu par le *Journal officiel*. On estime que ce journal, qui se répand dans tous les pays du monde, qui est reçu par nos agents à l'étranger, est l'organe de publicité le plus sûr pour avertir l'absent, s'il existe encore.

2° Envoi en possession provisoire.

631. Notion sommaire. — L'absence étant judiciairement déclarée, rien ne s'oppose plus à ce qu'elle produise ses effets, et c'est aussi ce qui arrive en principe. Les personnes qui avaient sur les biens de l'absent des *droits subordonnés à son décès* sont autorisées à les exercer provisoirement ; elles obtiennent ce qu'on appelle l'*envoi en possession provisoire*, qui leur donne l'administration et la jouissance des biens de l'absent, sauf restitution partielle des fruits au cas où l'absent reviendrait plus tard. La quotité de fruits à restituer varie selon la durée du temps déjà écoulé depuis sa disparition. Voyez l'art. 127.

632. Option réservée au conjoint présent. — Un fait spécial peut se produire qui retardera quelques-uns des principaux effets de l'absence, et notamment l'envoi en possession, bien au delà du jugement qui la constate. L'absence entraîne la dissolution de la communauté qui existait entre l'absent et son conjoint présent, mais la loi accorde à l'époux présent le droit de retarder cette dissolution en optant pour la *continuation provisoire de la communauté* (art. 124). Lorsque l'époux présent use de ce droit, il retarde en même temps l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent, ainsi que l'ouverture de tous les autres droits subordonnés au décès de l'absent. Toutefois ce retard, dû à la volonté d'une seule personne, ne peut pas se prolonger plus de trente années (art. 129).

3° Envoi en possession définitif.

633. Ses conditions et ses effets. — La période de l'*envoi en possession définitif* n'est qu'une seconde phase de la période d'absence déclarée. Elle commence *trente ans* après le jugement de déclaration d'absence, ou même plus tôt, dès qu'il s'est écoulé *cent ans* depuis la naissance de l'absent

(1) Le jugement interlocutoire ressemble au jugement préparatoire en ce qu'il prépare la décision définitive qui sera rendue par le tribunal, mais il en diffère en ce qu'il a fait préjuger : l'enquête étant ordonnée, il est à prévoir que l'absence sera déclarée si les faits allégués par les demandeurs sont reconnus vrais.

(art. 129). Elle est caractérisée par un double effet : *a*) elle met fin nécessairement à la continuation de communauté, provoquée par l'époux présent, ce qui réalise tous les effets de l'absence que l'option du conjoint avait retardés ; *b*) elle donne aux envoyés en possession des droits beaucoup plus étendus : notamment ils ne sont plus sujets à aucune restitution de fruits, au cas de retour de l'absent (art. 127, al. 2), et ils acquièrent le droit d'aliéner valablement ses biens (art. 132).

§ 3. — *Cessation de l'absence.*

***634. Prolongation indéfinie de l'absence.** — L'idée mère du système de la loi française est que l'*absence, quelque longue qu'elle soit, ne donne jamais la certitude du décès.* Sans doute, à mesure que le temps s'écoule, la probabilité de mort grandit, et la loi elle-même tient compte de ce fait. Ainsi, pendant les premières années, la loi refuse aux intéressés le droit de faire déclarer la personne disparue en état d'absence ; il faut attendre que le défaut de nouvelles ait duré assez longtemps. En outre la loi, qui autorise les héritiers présomptifs de l'absent à prendre provisoirement possession de ses biens, leur confère des droits plus étendus quand l'état d'absence déclarée dure déjà depuis trente ans (art. 129). La loi s'achemine ainsi vers la présomption de mort, mais elle n'y arrive jamais. L'absent n'est *jamais considéré comme mort*, et par conséquent on ne permet jamais à son conjoint présent de se remarier. Suivant l'expression de Tronchet, et si extraordinaire que la chose puisse paraître, l'absent n'est « ni mort, ni vivant ». Dans l'incertitude où on se trouve, on ne peut prouver ni sa vie, ni sa mort. C'est le doute qui règne.

On avait proposé de considérer l'absent comme mort quand cent ans seraient écoulés depuis sa naissance. Il y a, en effet, de grandes chances pour qu'il ne soit plus vivant, mais la vie humaine n'a pas de terme fixe. Pourquoi cent ans plutôt que tout autre chiffre? La longévité ordinaire de l'homme reste bien au-dessous d'un siècle. On a donc eu raison d'écarter ce terme qui est tout à fait arbitraire. On est sûr que la mort de l'absent arrivera un jour ou l'autre, si ce n'est déjà fait, mais l'époque en restera inconnue, et on ne saura jamais à quel moment la placer. Une trace du système qu'on rejetait ainsi en principe se retrouve encore dans l'art. 129 : le délai imposé aux héritiers pour demander l'envoi en possession définitif, qui est ordinairement de trente ans, est abrégé quand cent ans sont écoulés depuis la naissance de l'absent, mais ceci n'est pas une présomption de mort.

635. Système allemand des déclarations de décès. — Le système de la déclaration de décès (Todeserklærung) est répandu depuis longtemps dans les législations des États particuliers de l'Allemagne, ainsi qu'en Autriche et dans les cantons allemands de la Suisse ; le nouveau Code civil allemand l'a conservé en le modifiant dans les détails (art. 5 à 24). Ce système diffère du nôtre en ce qu'une *déclaration de décès* peut intervenir au bout d'un temps assez long pour faire croire que la personne absente est morte. En Allemagne, ce délai est en principe de dix ans ; on le diminue de moitié, quand il s'est écoulé soixante-dix ans depuis la naissance de l'absent. On l'abrège encore lorsque les circonstances qui ont précédé la disparition rendent plus vraisemblable la présomption de mort, par exemple

trois ans après une guerre ; un, deux ou trois ans après un naufrage, selon la longueur du voyage entrepris. Le système allemand aboutit à confondre deux choses qui sont distinctes chez nous : les cas où il y a absence, parce qu'on ne sait pas si la personne est morte, et les cas où on possède la certitude de son décès.

Cette confusion a cessé en Autriche, où l'on admet, à côté de la déclaration de décès, qui ne donne qu'une probabilité de mort fondée sur la prolongation de l'absence de nouvelles, un système de preuve du décès par jugement tout-à fait semblable à nos jugements déclaratifs de décès. Voyez la loi du 18 décembre 1881 dans l'*Annuaire étranger*, t. XIII, p. 334 ; notice de M. Bufnoir.

***636. Cessation de l'absence.** — Quoique l'état d'incertitude qui constitue l'absence n'ait pas de terme, et qu'il se prolonge indéfiniment, l'absence peut pourtant finir de deux manières : soit par la preuve acquise de l'*existence* de l'absent, soit par la preuve acquise de son *décès*. Dans ces deux cas, toute incertitude ayant cessé, le droit commun reprend son empire. Si l'absent est encore vivant, il rentre dans la classe des simples *non présents* ; c'est à lui désormais de pourvoir à l'administration de ses biens, et les envoyés en possession doivent lui rendre leurs comptes. Si l'on apprend au contraire la date de son décès, ses droits et ceux des autres intéressés seront réglés comme s'il avait été présent jusqu'au jour de sa mort. Par exemple, sa succession s'ouvre réellement au profit de ceux qui se trouvaient à cette époque ses plus proches héritiers. Or ceux-ci peuvent être différents des personnes qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs au jour de sa disparition et qui avaient obtenu provisoirement l'envoi en possession (art. 130). Les variations survenues dans la composition de la famille peuvent changer du tout au tout la dévolution des biens, selon qu'on se place à l'époque de la disparition ou à celle du décès.

LA FAMILLE

I. — Généralités.

CHAPITRE UNIQUE

637. Bibliographie. — Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, Paris, 1851. — P. Gide, *Études sur la condition privée de la femme*, 2e édit., 1885. — Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, t. II. — C. Bufnoir, *Étude sur le droit de famille dans le projet du Code civil allemand*, Soc. de législ. comp., *Bulletin*, t. XIX, p. 679 et suiv. — Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, 1899-1900. — A. Fouillée, *La France au point de vue moral*, 1900. — A. Crétinon, *L'organisation de la famille dans le nouveau Code civil allemand* (*Réforme sociale*, 1er août 1901, p. 154). — Lerebours-Pigeonnière, *La famille et le Code civil* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 265). — Louis Caron, *De l'alliance ou affinité*, thèse, Paris, 1901. — Voir aussi les traités généraux sur l'histoire du droit de MM. Glasson, P. Viollet, Laferrière, Beaune, etc., ainsi que les ouvrages relatifs à la philosophie du droit indiqués au n° 8, et notamment Beaussire, p. 201 et suiv., et Franck, p. 23 à 117.

***638. Définition.** — Entendue dans un sens large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont *unies par le mariage*, ou par la *filiation*, ou encore, mais très exceptionnellement, *par l'adoption*.

Ce mot désigne aussi, dans un sens plus étroit, *les membres de la famille vivant sous le même toit*, sous la direction et avec les ressources du chef de la maison. C'est le sens primitif du latin « familia », qui désignait spécialement la maison. Ce sens se retrouve encore dans les expressions françaises : « vie de famille, foyer de famille. »

§ 1. — *Histoire et importance de la famille.*

639. Transformation progressive du groupe. — Dans les temps primitifs la communauté d'existence reliait matériellement entre eux tous ceux qu'unissait le lien de la parenté ; la famille tendait en s'accroissant à devenir tribu. Depuis lors *elle a toujours été en se sectionnant*. La vie commune s'est d'abord restreinte à ceux qui descendaient d'un même auteur encore vivant : l'ancêtre commun les réunissait sous sa puissance ; à sa mort, la famille se divisait en plusieurs branches, ayant pour chefs distincts les propres fils du défunt. Tel était le système de la famille romaine, fondée sur la puissance paternelle, qui durait autant que la vie du père.

Puis le sectionnement s'est fait *du vivant même de l'ancêtre commun*. De nos jours, il perd son autorité sur ses descendants quand ils deviennent majeurs et le quittent pour fonder à leur tour une nouvelle famille. On arrive ainsi au groupe réduit qui compose la famille moderne dans le second sens du mot, ne comprenant plus que le père, la mère et ceux de leurs enfants ou petits-enfants qui habitent encore avec eux. On considère ceux qui s'en sont séparés pour vivre à part avec leur femme et leurs enfants comme ayant fondé une famille

nouvelle. En dehors de ce petit groupe, le lien antique de la famille ne subsiste plus guère. Son effet principal est le droit de succession.

640. Nécessité naturelle de la famille. — La famille est pour l'homme une nécessité inéluctable. L'état de faiblesse et de dénûment dans lequel naît l'enfant, le nombre et la durée des soins qu'il exige, imposent à ses parents des devoirs qui ne se remplissent pas en un jour et qui forment le solide fondement de toutes les relations de famille. Le contraste étrange qui existe entre l'état de l'homme à sa naissance et son rôle dominateur dans la nature vivante avait déjà frappé les anciens, comme le montrent les vers célèbres de Lucrèce (V. 224) ; mais il faut descendre jusqu'aux philosophes modernes pour voir mettre en pleine lumière l'importance et les effets de ce simple fait naturel (1).

641. Importance sociale de la famille. — Le petit groupe de la famille est le plus essentiel de tous les éléments qui composent ces grandes agglomérations d'hommes qu'on appelle des nations. La famille en est le noyau irréductible ; et l'ensemble vaut ce qu'elle vaut elle-même ; quand elle s'altère ou se dissout, tout le reste s'écroule. C'est chez elle, et comme on l'a dit, sur les genoux de la mère, que se forme ce qu'il y a de plus grand et de plus utile au monde : un honnête homme. Les prétendus réformateurs qui ont rêvé de supprimer la famille étaient des insensés, et il faut voir une véritable calamité dans l'organisation de notre système fiscal qui, loin de pousser les particuliers au mariage, accable de ses charges les familles nombreuses, créant une prime effrayante à l'égoïsme, au célibat et à la stérilité. L'industrialisme, qui semble le trésor des races européennes, est un fléau qui les épuise ; il détruit la famille et son foyer (Sorel, *Livre du centenaire*, t. I, p. xli).

§ 2. — *Sources et effets des relations de famille.*

642. Sources constitutives de la famille. — Ces sources sont au nombre de trois : le *mariage*, la *filiation*, l'*adoption*. Les différents *états* qu'une personne peut avoir dans la famille sont également au nombre de trois : deux membres d'une même famille sont *époux*, *parents* ou *alliés*. Mais ces trois états différents ne répondent pas respectivement aux trois faits constitutifs de la famille : le mariage crée l'état d'époux ; la filiation et l'adoption créent toutes deux la parenté, la parenté adoptive étant une imitation de la parenté naturelle. Quant à l'alliance, elle est une combinaison des effets du mariage et de la parenté (ci-dessous, n° 652).

L'*état d'époux* sera étudié à propos du mariage. L'*adoption* est une institution facile à isoler du reste, et qui sera expliquée à part. La *filiation*, d'où dérive la vraie parenté, est un fait naturel que la loi ne régit que pour en déterminer les *preuves*. Toutes ces ma-

(1) Entre bien d'autres, je choisis dans le livre de M. Beaussire quelques fragments qui expriment fort bien ces idées : « L'enfant a droit au respect, car c'est déjà une personne ; il a droit à plus encore... Pendant bien des années, ni son esprit ni son corps ne se suffiront à eux-mêmes... C'est sa destinée morale qui réclame pour lui des secours ; c'est elle qui lui confère des droits... Il faut à l'enfant une protection continuelle et tous les genres d'assistance. L'enfant est respectable à l'humanité tout entière ; il n'a un droit positif et absolu qu'à l'assistance de deux personnes. C'est la plus forte, mais c'est aussi la plus douce des obligations. La nature a tout fait pour disposer le cœur humain à ce rude esclavage des devoirs de famille. Elle a mis dans nos âmes les sentiments les plus vifs de tendresse et de dévouement pour ces êtres imparfaits, sans attendre qu'ils soient capables de répondre à notre amour. Et il faut que ces sentiments soient bien impérieux pour que la nature humaine, si souvent rebelle au devoir, se prête sans trop de murmures à ces sacrifices de tous les instants, à cet abandon de soi-même... » (p. 202-203).

tières seront traitées séparément. Nous n'avons donc à nous occuper, dans ce chapitre préliminaire, que de la *parenté* et de l'*alliance*, considérées en elles-mêmes.

A. — De la parenté.

****643. Définition de la parenté.** — La parenté est le *rapport qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre*, comme le fils et le père, le petit-fils et le grand-père, *ou qui descendent d'un auteur commun*, comme deux frères, deux cousins. A côté de cette parenté réelle qui est un fait naturel, et qui dérive de la *naissance*, la loi admet une parenté toute fictive qui s'établit par un contrat particulier nommé *adoption*. La parenté adoptive est une imitation de la parenté réelle.

1° Lignes de la parenté (1).

***644. Ligne directe et ligne collatérale.** — La série des parents qui descendent l'un de l'autre forme ce qu'on appelle une *ligne*. C'est la *parenté directe*; elle se représente au moyen d'une *ligne droite*, allant de l'un des parents à l'autre, quel que soit le nombre des intermédiaires. Quant à la parenté qui unit deux grands-parents descendant d'un auteur commun, elle est dite *parenté collatérale* : sa représentation graphique forme un *angle*; les deux parents occupent l'extrémité inférieure des côtés, et l'auteur commun est au sommet. Les deux parents collatéraux ne sont donc pas dans la même ligne; ils font partie de deux lignes différentes qui sont séparées depuis l'auteur commun, lequel représente le point où s'est faite la bifurcation; les deux lignes se suivent côte à côte et c'est ce qui explique l'expression « collatérale » : chacun des deux parents est, par rapport à l'autre, dans une ligne parallèle à la sienne, *collateralis*. Comp. art. 736.

***645. Ligne ascendante et ligne descendante.** — Les lignes de la parenté portent souvent d'autres épithètes. Ainsi on parle de « ligne ascendante » ou de « ligne descendante » suivant qu'on *remonte* ou qu'on *suit* la série des générations.

***646. Ligne paternelle et ligne maternelle.** — Ainsi encore on parle de ligne « paternelle » ou de ligne « maternelle » suivant qu'on prend pour point de départ d'une ligne ascendante le père ou la mère de la personne que l'on envisage : on s'engage alors dans deux familles différentes.

***647. Parents communs aux deux lignes.** — Ordinairement, quand on considère les lignes de parenté ascendantes, ce ne sont pas les mêmes personnes qui figurent à la fois dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle; à chaque bifurcation, on trouve des individus différents des deux côtés; ceux qui appartiennent à la famille du père n'appartiennent pas à la famille de la mère. Quelquefois cependant, en établissant l'arbre généalogique de la famille, on rencontre une même personne dans les deux lignes. Ceci arrive à la suite de mariages entre parents. Par exemple, quand un cousin épouse sa cousine germaine, les deux époux ont le même grand-père et la même grand'mère, puisqu'ils sont enfants de frères ou de sœurs. Ce grand-père et cette grand'mère seront, pour les enfants nés du mariage, des ascendants tout à la fois paternels et maternels.

On se sert quelquefois, pour désigner les personnes qui se trouvent ainsi parentes d'une autre des deux côtés à la fois, de l'expression « parents germains ». Malheureusement le qualificatif « germains » n'a pas un sens bien précis. « Germanus » exprimait en latin une idée d'affinité. Il s'est d'abord appliqué aux frères et sœurs nés du même père et de la même mère, qu'on appelle *frères et sœurs germains*, par opposition à ceux qui sont nés du même père,

(1) Le Code a donné les définitions des lignes et des degrés de la parenté à propos des successions (art. 735 à 738). Ces articles sont des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les relations de famille et notamment au mariage, à la filiation et à la tutelle.

mais de mères différentes (*frères consanguins*), et à ceux qui sont nés de la même mère, mais de pères différents (*frères utérins*). — On l'a étendu ensuite aux cousins les plus proches, nés de frères et de sœurs, dits *cousins germains* par opposition aux cousins plus éloignés qui sont appelés cousins issus de germains.

2° Degrés de la parenté.

****648. Définition.** — Dans chaque ligne, la parenté se compte par *degrés*, c'est-à-dire *par générations* (art. 735). Ainsi le fils et le père sont parents au premier degré ; le petit-fils et le grand-père au second degré, et ainsi des autres.

****649. Mode de calcul.** — Pour les parents en ligne directe le calcul est simple : il y a autant de degrés que de générations pour aller d'un parent à l'autre.

Pour la *parenté collatérale*, il existe deux modes de computation. L'un est celui du *droit civil*, qui compte le nombre des générations dans les deux lignes en partant de l'auteur commun et *qui additionne les deux séries de degrés* : ainsi deux frères sont parents au second degré (une génération dans chaque branche), un oncle et son neveu au troisième (deux générations d'un côté, une de l'autre) ; deux cousins germains sont parents au quatrième degré ; un oncle et son neveu à la mode de Bretagne le sont au cinquième. — En *droit canon* on emploie une autre manière de compter : *on ne compte les générations que d'un seul côté*. Quand les deux lignes sont égales on peut prendre indifféremment l'une ou l'autre ; quand elles ne le sont pas, on choisit *la plus longue* et on ne tient pas compte de l'autre. Il en résulte que deux cousins germains sont parents au deuxième degré suivant le comput canonique, tandis qu'ils le sont au quatrième dans le comput civil. Il en résulte encore qu'un oncle et son neveu sont parents au deuxième degré comme les cousins germains, puisque l'une des branches a deux degrés. Pour préciser davantage, on distingue et l'on dit qu'il s'agit de *collatérale égale*, quand les deux branches ont le même nombre de degrés, et de *collatérale inégale*, au cas contraire. Ce mode de calcul sert encore pour les empêchements au mariage religieux.

3° Effets de la parenté.

***650. Leurs variétés.** — Les effets de la parenté sont nombreux et de natures très diverses. Elle donne des *droits* ; elle crée des *obligations* ; elle entraîne des *incapacités*. Sans énumérer tous ces effets, citons les principaux.

Droits dérivant de la parenté. — On doit considérer comme tels :

1° Le droit pour les parents vivants de recueillir les biens d'un parent mort. C'est le *droit de succession*.

2° Les divers droits accordés aux parents sur la personne et les biens de leurs enfants en vertu de la puissance paternelle. Voyez ci-dessous, nos 1636 et suiv.

3° Le droit pour certains parents, quand ils sont dans la misère, d'obtenir des aliments.

Obligations dérivant de la parenté. — Telles sont :

1° Le devoir pour les père et mère d'élever leurs enfants (nourriture, surveillance, éducation, instruction).

2° Le devoir de respect imposé aux descendants envers leurs ascendants.

3° Le devoir pour les parents en ligne directe de fournir des aliments à ceux d'entre eux qui sont dans le besoin.

4° L'obligation d'être tuteur ou membre du conseil de famille d'un parent mineur ou interdit.

Incapacité dérivant de la parenté. — La plus grave est l'impossibilité de se marier entre proches parents. Les autres ne portent que sur des détails et résultent de lois spéciales : les parents du notaire ou des parties ne peuvent figurer comme témoins dans un acte notarié ; certains officiers ministériels sont incapables d'instrumenter pour leurs parents ; deux parents ne peuvent faire partie d'un même tribunal ; un parent de l'accusé ne peut pas déposer en justice contre lui, etc.

***651. Étendue variable des effets de la parenté.** — Les effets de la parenté ne se produisent pas toujours avec la même énergie. D'abord il faut toujours tenir compte de

la *proximité du degré* : à mesure que la parenté s'éloigne, le nombre de ses effets va en diminuant. Ils ne se produisent au complet que dans les rapports immédiats du père ou de la mère avec l'enfant. *Ils cessent entièrement à partir du douzième degré.* Au delà, la parenté existe encore et elle peut être connue, mais elle reste à l'état de fait, la loi n'y attache plus d'effets de droit.

En outre, il faut tenir compte de la *qualité* de la parenté. La plénitude d'effets n'appartient qu'à la parenté légitime. Toutes les parentés illégitimes (naturelle, adultérine et incestueuse) sont des parentés amoindries, qui ne produisent que des effets bornés (1). Quant à l'adoption, elle n'établit en principe de rapports qu'entre l'adopté et l'adoptant.

B. — De l'alliance.

****652. Définition.** — Les *alliés* sont des *personnes non parentes, qui viennent se joindre à la famille par un mariage.* Dans le langage courant il n'est pas rare de les entendre appeler « parents par alliance ». On voit en quoi cette qualification est inexacte ; pour leur donner leur vrai titre il faudrait dire « membres de la famille par alliance ».

L'alliance est la combinaison du mariage et de la parenté, mais elle est souvent mal comprise : on lui donne une portée beaucoup trop étendue. Quand un mariage a lieu, l'alliance s'établit *entre chaque époux et les parents de l'autre* : la jeune fille qui se marie devient la fille par alliance du père et de la mère de son mari, la sœur de ses frères et sœurs, la nièce de ses oncles et tantes, etc. ; réciproquement ceux-ci deviennent ses père, mère, frères, sœurs, oncles et tantes par alliance. On considère les deux époux comme ne faisant plus qu'un, de telle sorte que toute la parenté de chacun des deux devient, par l'effet du mariage, commune à l'autre à titre d'alliance. Mais l'alliance ne va pas plus loin : il n'y en a aucune entre les parents de l'un des époux et ceux de l'autre. On se trompe donc quand on dit que deux familles *s'allient* par un mariage ; une seule personne s'allie à la famille de chaque conjoint : c'est celle qui se marie.

***653. Sources de l'alliance.** — L'alliance naît toujours du mariage. Le concubinage n'en engendre aucune, du moins d'après la loi civile. Par conséquent le mariage est possible entre deux personnes, quoique l'une ait eu antérieurement des relations illicites avec l'ascendant de l'autre,

(1) Du moins il en est ainsi dans le système français. Mais dans d'autres pays la parenté naturelle disparaît, pour ainsi dire, absorbée d'un côté dans la parenté légitime, entièrement méconnue de l'autre par la loi. Ainsi en Roumanie, l'enfant naturel a les mêmes droits que l'enfant légitime à l'égard de sa mère et des parents de sa mère, même s'il est adultérin ou incestueux (art. 652, 677, 678, C. civ. roumain). Au contraire, à l'égard du père, l'enfant n'a aucun droit et sa reconnaissance ne lui en donne aucun. Il résulte de là qu'une femme n'a que des enfants légitimes : *Nul n'est bâtard de par sa mère* ; et qu'il en est à peu près de même pour le père, pour une raison inverse : aucun lien ne rattache l'enfant à son père naturel. Voyez ALEXANDRESCO, p. 9 et suiv. ; p. 168 et suiv. — Tel aussi *le système allemand* : l'enfant illégitime et son père ne sont pas réputés parents (art. 1589, C. civ. all.), tandis que l'enfant naturel a la position juridique d'enfant légitime dans ses rapports avec sa mère et les parents de sa mère (art. 1705, C. civ. all.) ; il prend le nom de famille de sa mère (art. 1706). Mais le père est obligé de pourvoir à l'entretien de l'enfant jusqu'à 16 ans, conformément à l'état de la mère (art. 1708) ; il est tenu de cette obligation même avant la mère et les parents maternels (art. 1709).

quand bien même il en aurait eu des enfants (Chambéry, 7 févr. 1885, D. 85. 2. 241 ; Trib. de la Seine, 21 juin 1907, P. et S. 1908. 2. 283).

Le droit canonique connaît une alliance naturelle résultant d'un commerce illégitime. Sur cette alliance, voyez Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 87-88, et p. 377. — L'Église reconnaît même une affinité purement spirituelle née du baptême entre parrains, marraines et filleules, et en Roumanie cette affinité crée un empêchement prohibitif pour le mariage (art. 145, C. civ. romain).

***654. Degrés et dénominations.** — L'alliance se modèle sur la parenté et lui emprunte ses lignes et ses degrés. Ainsi, celui qui se marie devient l'allié, au degré de fils, du père et de la mère de sa femme ; il est leur fils par alliance ; il devient l'allié, au degré de frère, du frère de sa femme, son frère par alliance. Il acquiert ainsi des alliés en ligne directe et d'autres en ligne collatérale. Pour distinguer ces parents par alliance, qui sont de faux parents, et les parents par le sang, qui sont les seuls vrais, on a pris l'habitude d'ajouter au nom du degré l'épithète de « beau » : *beau-père*, *beau-fils*, *beau-frère*, *belle-mère*, *belle-fille*, *belle-sœur* (1).

655. Effets de l'alliance. — L'alliance imite la parenté, non seulement dans ses formes, mais aussi dans ses *effets* : comme la parenté, elle produit des droits, des obligations et des incapacités. Seulement ces effets sont moins nombreux que ceux de la parenté. Il y a beaucoup d'effets de la parenté, et ce sont les principaux, qui manquent à l'alliance. Par exemple, le *droit de succession* fait défaut : on se succède entre parents, mais un allié ne succède pas à son allié. De même le droit de *puissance paternelle* manque absolument. Les seuls effets de l'alliance qui appartiennent au droit civil sont :

1° L'*obligation alimentaire* qui existe entre certains alliés ;

2° L'*empêchement au mariage* entre les alliés les plus proches ;

3° L'incapacité des alliés du notaire ou des parties d'être *témoins* dans l'acte (L. 25 ventôse an XI, art. 8 et 10) ;

4° L'incapacité des alliés des parties d'être *témoins dans une enquête civile* (art. 268 C. proc. civ.).

656. Diverses espèces d'alliance. — Puisque l'alliance dérive de la parenté, la suppose et se mesure sur elle, il en résulte qu'elle peut être comme elle *légitime*, *naturelle* ou *adoptive*. Chaque époux devient l'allié légitime, naturel ou adoptif des parents de l'autre, selon qu'ils ont eux-mêmes l'une ou l'autre de ces qualités. L'alliance naturelle ne produit pas d'effets ; l'alliance adoptive est rare comme l'adoption elle-même, c'est ce qui fait qu'en parlant de l'alliance on ne songe guère qu'à l'alliance avec les parents légitimes du conjoint. Voyez sur l'alliance qui s'établit entre un conjoint et le parent adoptif de l'autre un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1844 (D. 45. 1. 10, S. 45. 1. 116).

***657. Durée de l'alliance.** — L'alliance périt-elle avec le mariage qui l'a fait naître? Il y a un adage qui semble le dire : « Morte ma fille, mort mon gendre. » Mais il ne faut pas le prendre pour une règle absolue ; *il n'est vrai que pour certains effets de l'alliance*. Ainsi l'obligation alimentaire cesse en principe entre gendre ou bru d'une part et beau-père ou belle-mère d'autre part, à partir de la dissolution du mariage (art. 206 C. civ.) ; le droit de récuser un témoin ou un juge pour cause d'alliance cesse également dans certains cas (art. 283 et 378 C. Proc. civ.). Mais l'alliance elle-même n'est pas brisée ; la preuve en est que l'obligation alimentaire et le droit de récusation subsistent, tant qu'il y a des enfants vivants nés du mariage. L'empêchement au mariage tiré de l'alliance subsiste aussi. Il y a même ceci de remarquable, c'est que cet empêchement au mariage ne peut produire effet qu'après la dissolution du mariage qui a créé l'alliance : en effet, tant que le mariage dure, si le mari

(1) Autrefois la qualification de *beau* n'avait pas ce sens. C'était une marque de respect ou d'affection qui se donnait aux parents véritables comme aux alliés, et même aux étrangers, à Dieu, à un être quelconque. On disait : *Beau père Dieu* — ou, comme dans le dicton picard cité par La Fontaine : « *Biaux chires leups, n'écoutez mie Mère tenchent chen fieux qui crie* » (*Fables*, IV, 6). L'expression s'est conservée là où elle pouvait rendre des services pour la clarté du langage ; elle a disparu partout ailleurs.

ne peut pas épouser sa belle-sœur, ce n'est pas parce qu'elle est la sœur de sa femme, c'est parce qu'il est lui-même marié et que s'il épousait sa belle-sœur il serait bigame ; il ne pourrait pas davantage épouser une étrangère. Pour que l'alliance qui existe entre beau-frère et belle-sœur devienne un obstacle à leur mariage, il faut que l'union qui a produit leur alliance soi dissoute.

§ 3. — *De l'obligation alimentaire.*

658. Observation. — De tous les effets de la parenté ou de l'alliance un seul doit être étudié dès maintenant, parce qu'il ne trouverait pas plus loin de place logique : c'est l'*obligation alimentaire*. La loi s'en est occupée accidentellement à propos du mariage (art. 205-211). C'est une erreur de classification certaine, car l'obligation alimentaire dérive de la parenté et non du mariage, et la preuve en est qu'elle existe entre personnes qui sont unies par un lien de parenté non légitime.

***659. Définition.** — On appelle « obligation alimentaire » *le devoir imposé à une personne de fournir à une autre des aliments*, c'est-à-dire les sommes nécessaires pour vivre (1). Cette obligation suppose nécessairement que l'une de ces personnes (le créancier d'aliments) est dans le besoin et que l'autre (le débiteur) est en état de la secourir. Ordinairement ce devoir est *réciproque*.

***660. Cas dans lesquels existe la dette alimentaire.** — La loi l'a établie dans quatre cas différents :

1° Entre ÉPOUX. Elle est comprise dans le devoir de secours (ci-dessous, n° 904).

2° Entre les PARENTS de la ligne directe. C'est le cas principal.

3° Entre certains ALLIÉS, par imitation de la parenté.

4° A la charge du DONATAIRE au profit du DONATEUR, sans réciprocité.

L'obligation des *époux* l'un envers l'autre sera étudiée à propos du mariage. Celle du *donataire* rentre dans les matières de seconde année. Nous n'avons à nous occuper pour le moment que de l'obligation alimentaire des parents et des alliés. C'est celle qu'on rencontre le plus souvent dans la pratique.

A. — Parents et alliés tenus de la dette alimentaire.

1° Parents légitimes.

***661. Absence de dette alimentaire entre collatéraux.** — Entre parents, cette obligation n'a lieu qu'*en ligne directe* ; jamais en ligne collatérale. Pourquoi cette différence? C'est, dit-on, parce que les collatéraux n'ont pas reçu la vie les uns des autres, tandis que les descendants la doivent à leurs ascendants. — Le motif n'est pas bien décisif. L'obligation alimentaire n'est pas fondée sur cette idée un peu étroite que nous devons conserver la vie à ceux qui nous l'ont donnée ou qui l'ont reçue de nous, mais sur l'existence d'un devoir d'assistance mutuelle entre personnes qui se tiennent de près. Le système français, d'après lequel on doit des aliments à sa belle-mère, tandis qu'on n'en doit pas à son frère, est universellement critiqué. Le Code italien (art. 141) accorde des aliments aux collatéraux les plus proches (frères et sœurs).

***662. Dette alimentaire en ligne directe.** — En ligne directe, l'obligation alimentaire entre parents existe à tous les degrés (art. 205). Elle est toujours réciproque (art. 207). L'art. 205 n'est écrit que pour les parents légitimes, puisqu'il fait partie du titre « Du mariage », et qu'il est placé parmi les effets du mariage. Il est cependant certain que la même obligation existe entre parents naturels. Voyez ci-dessous, n° 664.

(1) Sur l'insuffisance de l'obligation alimentaire qui fournit des ressources insignifiantes aux familles pauvres, tout en grevant lourdement le débiteur, voyez la thèse de M. FORGUES Paris, 1902. Les vraies institutions d'assistance sont les caisses de retraites et de prévoyance.

2° Parents adoptifs.

663. Limitation de la dette au premier degré. — L'art. 349 établit expressément l'obligation alimentaire entre *l'adoptant* et *l'adopté*. Mais l'adoption n'entraîne aucune obligation de ce genre entre l'adopté et les parents de l'adoptant, auxquels le contrat d'adoption reste étranger. La parenté civile créée par l'adoption s'étend aux descendants légitimes de l'adopté ; il eût donc été équitable de prolonger l'obligation alimentaire dans la ligne descendante, entre l'adoptant et les descendants de l'adopté. C'eût été répondre au vœu des parties, puisque l'adoptant a cherché à se créer une postérité. Néanmoins la loi ne l'a pas fait.

3° Parents naturels.

***664. Parents naturels au premier degré.** — Les parents naturels se doivent-ils eux aussi des aliments? Cette question suppose que la filiation naturelle est légalement établie ; faute d'une preuve régulière, elle n'existe pas aux yeux de la loi. Pour y répondre, il faut la diviser.

A. — Les *père* et *mère naturels* doivent-ils des aliments à leurs enfants lorsque ceux-ci sont dans le besoin? Nous ne trouvons sur ce point qu'un seul texte, l'art. 762, qui accorde aux enfants *incestueux* et *adultérins* le droit d'en réclamer à la *succession* (c'est-à-dire aux héritiers) de leur père ou de leur mère. Cette disposition suppose évidemment que les parents incestueux ou adultérins sont eux-mêmes tenus de fournir des aliments à leurs enfants, car cette obligation ne peut pas naître en la personne des héritiers ; si elle les grève, c'est qu'elle leur est *transmise* par le défunt. La même obligation existe également, et à plus forte raison, à la charge des parents de l'enfant *naturel simple*, à qui la loi fait, en général, une situation bien meilleure que celle des enfants adultérins ou incestueux, qui sont les plus déshérités de tous. Ainsi le père naturel ou la mère naturelle doit toujours des aliments à son enfant, quelle que soit la nature particulière de la filiation, naturelle simple, adultérine ou incestueuse.

B. — Du moment où l'on admet que les parents naturels doivent des aliments à leurs enfants, on se trouve amené, par voie de conséquence, à décider que les *enfants naturels* doivent également des aliments à leurs parents. Il est de la nature de l'obligation alimentaire d'être *réciproque*. On cite bien deux cas où la réciprocité fait défaut (entre donateur et donataire ; entre gendre et belle-mère), mais cette inégalité ne se produit jamais qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. Dans le silence des textes on doit s'en tenir au principe, qui est la réciprocité de l'obligation. La jurisprudence est constante en ce sens (Toulouse, 25 juill. 1863, D. 63. 2. 139) et elle a pour elle la tradition. Voyez cependant Trib. Lisieux, 14 nov. 1901, S. 1902. 2. 309.

***665. Absence de dette alimentaire pour les autres degrés de parenté naturelle.** — Dans le système français, l'obligation alimentaire entre les parents naturels ne s'étend pas à ceux qui se trouvent à un degré plus éloigné. « Le père de l'enfant naturel a le droit de refuser les aliments aux enfants de son enfant, au sang de son sang ! Le petit-fils naturel peut laisser mourir de faim le père et la mère de son père ! C'est de la barbarie toute pure ! » (LAURENT). Ceci est la conséquence de l'idée dominante qui a inspiré toute la théorie du Code Napoléon sur les enfants naturels, à savoir que ces enfants n'ont pas de famille. Le Code italien s'est montré plus humain et a étendu l'obligation alimentaire des parents naturels dans la ligne directe (art. 186).

Cependant beaucoup d'auteurs admettent une exception en faveur des *enfants légitimes de l'enfant naturel*, qu'ils considèrent comme représentant ce dernier et rattachés par son intermédiaire à ses père et mère naturels.

666. Enfant naturel privé du droit aux aliments. — Il y a un cas où l'enfant naturel est privé du droit de réclamer des aliments ; c'est lorsqu'il a été reconnu pendant le mariage de son père et de sa mère avec une tierce personne (art. 337 et ci-dessous, n°s 1495 et suiv.). L'art. 337 décide que cette reconnaissance ne pourra pas *nuire au conjoint* ; l'enfant perd donc son droit à une pension alimentaire parce que les sommes qui lui seraient

attribuées devraient être prises sur les revenus dont jouissent les époux. Ainsi le mari n'est pas obligé de fournir sur les revenus de la communauté une pension à l'enfant naturel de sa femme reconnu depuis le mariage (Cass., 16 déc. 1861, D. 62. 1. 29, S. 62. 1. 420). Cet enfant ne pourrait en obtenir de sa mère qu'autant qu'elle aurait la jouissance personnelle de tout ou partie de ses revenus, par exemple quand il y a séparation de biens. Mais si l'enfant appartient au mari, celui-ci a toujours pour le moins la jouissance de ses biens personnels ; rien ne l'empêche donc de fournir des aliments à son enfant naturel, sans que le conjoint ou les enfants légitimes aient le droit de se plaindre, car le mari ne leur doit pas compte de ses revenus (DEMOLOMBE, t. V, nº 472).

4º Alliés.

667. Alliés tenus de l'obligation alimentaire. — L'obligation alimentaire est moins étendue entre alliés qu'entre parents légitimes : elle se limite à *certains alliés du premier degré* et ne va pas au delà.

L'art. 206 dit simplement : « Les *gendres* et *belles-filles* doivent également des aliments à leurs *beau-père* et *belle-mère.* » — Les mots « beau-père, belle-mère, belle-fille » ont en français un sens double. Le beau-père et la belle-mère sont tantôt les père et mère du conjoint d'une personne, tantôt le second mari de sa mère ou la seconde femme de son père. L'alliance résulte dans le premier cas du *mariage du fils ou de la fille* ; dans le second cas, elle naît du *second mariage* du père ou de la mère. Il en est de même du mot : « belle-fille » qui désigne tantôt la bru (la femme du fils), tantôt la *filiâtre* (fille que l'un des conjoints a eue d'un précédent mariage). Le sens dans lequel ces mots sont pris dans l'art. 206 est précisé 1º par le voisinage du mot « gendre », qui montre qu'on a pensé uniquement à l'alliance résultant du mariage d'un fils ou d'une fille ; 2º par un incident de la rédaction du Code. Le texte du projet portait : « Les enfants doivent également des aliments à leurs alliés dans la même ligne (ligne directe ascendante). » Cette rédaction fut changée sur l'observation de Tronchet, qui fit remarquer que les alliés dans la ligne ascendante comprenaient les *parâtres* et *marâtres* (*vitricus* et *noverca*), second mari de la mère ou seconde femme du père, en même temps que les beaux-pères et belles-mères proprement dits (*socer* et *socrus*), auxquels la tradition réservait le droit d'obtenir des aliments à l'exclusion des parâtres et marâtres. On a maintenu cette tradition et refusé à ces derniers le droit aux aliments.

668. Absence d'obligation au delà du premier degré. — Il faut conclure encore de l'art. 206 qu'entre alliés l'obligation alimentaire se limite au premier degré. Ainsi je ne dois pas d'aliments aux ascendants de mon conjoint autres que ses père et mère, puisque la loi n'en parle pas. On objecte que, dans le projet de la commission, le droit aux aliments était accordé à tous les alliés de la ligne directe sans limitation et que le texte a été remanié uniquement pour en priver le second conjoint du père ou de la mère (parâtre ou marâtre) Cela est bien possible, mais comme le dit Laurent : « Ce n'est pas le dire de Tronchet qui fait la loi, c'est le texte. » Or le texte est aussi clair que possible ; il n'établit la pension alimentaire qu'entre gendres et belles-filles d'une part, beaux-pères et belles-mères d'autre part (1).

669. Réciprocité de l'obligation. — D'après l'art. 207, l'obligation des alliés est réciproque comme celle des parents. Donc le beau-père et la belle-mère doivent, eux aussi, des aliments à leur gendre ou bru. Voyez toutefois le nº 671.

***670. Cessation de l'obligation.** — L'art. 206 établit deux causes d'extinction de l'obligation alimentaire entre alliés, et la jurisprudence en a ajouté une troisième.

1º MORT DE L'ÉPOUX. — Lorsque *l'époux qui produisait l'affinité* vient à mourir, l'obligation alimentaire s'éteint ; c'est le cas de dire : « Morte ma fille, mort mon gendre » (ci-dessus, nº 657). Le lien entre l'époux survivant et la famille du prédécédé a été brisé par la mort. Toutefois s'il existe encore un ou plusieurs enfants nés du mariage, ils perpétuent, pour ainsi dire, cette union et l'obligation alimentaire subsiste (art. 206-2º).

(1) Il n'y a pas lieu de distinguer si l'enfant marié est un enfant légitime ou un enfant naturel. *Contrà*, Bruxelles, 23 févr. 1907, D. 1907. 2. 324. Mais voyez la note sous cet arrêt.

2° Convol de la belle-mère. — Cette seconde cause d'extinction a lieu lorsque *la belle-mère a convolé en secondes noces* : elle perd le droit de demander des aliments à son gendre ou à sa bru (art. 206-1°). Comme il s'agit d'une déchéance, la disposition de la loi est d'interprétation stricte. Par suite, il est impossible de l'étendre au beau-père qui se remarie, ni au gendre ou à la belle-fille, en supposant pour ces derniers que l'obligation alimentaire ait survécu à la dissolution de leur premier mariage, grâce à l'existence d'enfants. Aucune raison ne justifie l'inégalité que la loi crée ainsi entre les différents alliés. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le législateur juge avec sévérité la femme qui se remarie dans un âge avancé, à un moment où elle a déjà des enfants mariés. — L'obligation, une fois éteinte par le convol de la belle-mère, ne revit pas quand son mariage se dissout.

La belle-mère remariée conserve le droit de demander des aliments à celui des deux conjoints qui est son enfant, de sorte que son gendre ou sa bru quoique déchargé personnellement de l'obligation alimentaire, en subira indirectement l'effet, puisque la pension, qu'il ne doit plus, sera prise sur les revenus de son conjoint. — De plus, ses propres enfants, en qualité de petits-enfants de la belle-mère remariée, restent personnellement tenus envers elle de l'obligation alimentaire.

3° Divorce. — La jurisprudence admet qu'*après le divorce*, chacun des deux époux est libéré de son obligation de fournir des aliments aux parents de l'autre (Cass., 13 juill. 1891, D. 93. 1. 353, S. 91. 1. 311 ; Orléans, 23 mars 1892, D. 93. 2. 354, S. 92. 2. 133). La Cour de cassation dit que tous les effets propres au divorce ont été traités dans un titre spécial, où le législateur a réglé à nouveau l'obligation alimentaire en ne la laissant subsister que dans les rapports des époux entre eux ou avec leurs enfants.

671. Question controversée. — Quand la belle-mère a perdu le droit de demander des aliments à son gendre, on se demande si celui-ci conserve encore le droit de lui en réclamer. L'art. 207 établit le principe de la réciprocité, en matière d'obligation alimentaire, dans les termes les plus absolus : « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. » Or, parmi les dispositions auxquelles cet article s'applique, se trouve l'art. 206 qui établit à la fois l'obligation des gendre ou bru envers leur belle-mère et la déchéance tirée du convol de celle-ci. Beaucoup d'auteurs, combinant à la lettre ces deux textes, admettent que tout est réciproque : le principe de l'obligation et ses causes d'extinction. Ils argumentent de ce que l'autre cause d'extinction établie par l'art. 206 (dissolution sans enfants du mariage qui avait créé l'alliance) produit, de l'aveu de tous, un effet bilatéral. Cependant il semble plus équitable de restreindre à la belle-mère qui se remarie la déchéance prononcée par la loi. Si l'on traite différemment les deux causes d'extinction établies par l'art. 206, c'est que leurs motifs sont différents : la dissolution du mariage sans enfants rompt, pour tous les membres de la famillle, le lien de l'alliance ; le convol de la belle-mère lui donne une seconde famille, qui pourra lui fournir des aliments, mais ne change pas la situation de famille de sa bru ou de son gendre. D'autre part, la cause d'extinction établie contre la belle-mère a le caractère d'une déchéance et elle est, à ce titre, d'interprétation stricte.

5° Ordre à suivre dans l'exercice de l'action.

***672. Hiérarchie entre les débiteurs d'aliments.** — Il arrive souvent que la personne qui est dans le besoin a autour d'elle plusieurs débiteurs d'aliments : son conjoint, des enfants, des ascendants, des alliés. Peut-elle les poursuivre tous ensemble? Existe-t-il entre eux un ordre de préférence que le créancier d'aliments soit obligé de suivre? Grave question, que la loi a omis de résoudre. Il y a un premier point certain : on ne doit pas tenir compte des insolvables ; les parents les plus éloignés pourront donc être atteints malgré la présence d'un parent plus proche, si celui-ci est hors d'état de fournir des aliments. On a établi les règles suivantes :

1° Le premier débiteur d'aliments qui doive y être contraint est le *conjoint*; il n'y en a pas qui soit plus étroitement tenu de secourir le réclamant.

2° Viennent ensuite *les parents*. On s'accorde en général à décider qu'ils doivent être recherchés pour la dette alimentaire *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*. C'est une

règle très vieille et très équitable, que ceux qui ont l'espoir de recueillir la succession doivent avoir également les charges de la parenté ; *ubi emolumentum, ibi onus.* Par conséquent, les enfants seront obligés de fournir les aliments avant les ascendants.

3° Enfin les *alliés.* Ils sont tenus seulement à défaut de parents ; l'alliance est un lien moins fort que la parenté et ne confère pas le droit de succéder. On leur applique d'ailleurs la même règle qu'aux parents : les alliés en ligne descendante (gendres et brus) sont tenus avant les alliés en ligne ascendante (beaux-pères et belles-mères).

673. Pouvoir des tribunaux. — Ces règles, établies par la doctrine, ne sont pas écrites dans les textes et ne sont pas obligatoires pour les juges. Ceux-ci pourraient s'en écarter, s'ils le jugeaient équitable, sans encourir la censure de la Cour de cassation. Il est possible que le législateur ait gardé intentionnellement le silence pour laisser toute latitude aux tribunaux. On pourrait donc voir un père condamné à servir une pension alimentaire à son fils alors que celui-ci a lui-même des enfants qui pourraient à la rigueur le secourir, si le père a de la fortune, tandis que les enfants n'ont que de faibles ressources ou des charges très lourdes. De même, entre deux fils, la pension pourra être mise pour le tout à la charge de l'un d'eux, s'il est riche, et que l'autre ne le soit pas. Ainsi encore les gendres et brus peuvent être condamnés à fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère, en même temps que les enfants et descendants (Cass., 17 mars 1856, D. 56. 1. 251, S. 56. 1. 487. — Comp. Cass., 7 juill. 1868, D. 69. 1. 243, S. 68. 1. 437).

B. — Conditions de la dette.

***674. Conditions sous lesquelles les aliments sont dus.** — Pour qu'une pension alimentaire puisse être obtenue, il faut, d'après l'art. 208, la réunion des deux conditions suivantes :

1° Le *créancier* d'aliments doit être *dans le besoin*, c'est-à-dire hors d'état de se procurer par lui-même des moyens d'existence.

2° Le *débiteur* doit être *en état de les fournir.*

La loi n'a rien réglé sur ces deux points, laissant tout à la prudence des juges. Ainsi le tribunal apprécie si l'absence de ressources n'est pas l'effet de la paresse du demandeur, qui pourrait trouver un emploi et gagner sa vie en travaillant (Pau, 15 déc. 1852, D. 53. 2. 88 ; Cass., 7 juill. 1863, D. 63. 1. 400, S. 63. 1. 374), ou si le demandeur ne possède réellement aucuns biens dont il puisse tirer parti (Douai, 16 janv. 1882, D. 85. 2. 69). Cependant on a alloué une pension alimentaire à quelqu'un qui avait 100 000 francs de biens-fonds pour ne pas l'obliger à manger son capital (Cass., 23 févr. 1898, D. 98. 1. 303, S. 1902. 1. 337).

675. Suppression du bénéfice de compétence. — Le besoin de celui qui réclame des aliments a souvent pour cause la rigueur impitoyable avec laquelle l'ont poursuivi ses créanciers. Or un parent, un fils, un gendre, peut être créancier de son parent, de son père, de son beau-père, et comme tout créancier il peut saisir ses biens, les faire vendre, dépouiller absolument son débiteur, de telle sorte qu'il peut être lui-même l'auteur du mal que la loi l'oblige ensuite à réparer. Ne serait-il pas plus simple, plus logique et plus équitable de l'obliger tout d'abord à laisser de quoi vivre à son parent ou allié?

Le droit romain y arrivait au moyen du *bénéfice de compétence*, en vertu duquel certains débiteurs pouvaient faire limiter les condamnations prononcées contre eux (in id quod facere potest... ne egeat). Ce bénéfice avait pour résultat de refuser au créancier des capitaux qu'il était obligé de laisser aux mains de son débiteur, et qui souvent lui étaient enlevés par d'autres créanciers auxquels le bénéfice n'était pas opposable. Notre droit ne le reconnaît plus.

676. Preuve à fournir. — La loi n'a rien dit. En général, les auteurs décident que le réclamant n'a rien à prouver, et c'est ainsi que les choses se passent en pratique ; il dépose en quelque sorte son bilan, alléguant l'insuffisance de ses ressources, ou leur absence complète, et c'est le défendeur qui cherche à éviter une condamnation, en essayant de prouver soit que le réclamant a des ressources plus considérables que celles qu'il avoue, soit que lui-même n'a pas les moyens de venir à son secours.

677. Compétence. — La loi du 12 juillet 1905, art. 7, attribue compétence aux juges de paix pour les demandes de pensions alimentaires n'excédant pas 600 fr. par an, mais seulement quand elles sont formées en vertu des art. 205-206-207 C. civ. — Ceci comprend la demande formée par un conjoint survivant, la loi du 9 mars 1891 ayant inséré dans l'art. 205 la disposition qui le concerne. — Au-dessus de 600 fr., la demande doit être portée au tribunal civil.

***678. Fins de non-recevoir.** — Dans les cas ordinaires il n'y en a pas d'autres que l'inexistence des prétendus besoins du créancier, ou l'impossibilité absolue de la part du débiteur de faire face à cette dette nouvelle. Ni les vices du réclamant qui sont cause de son dénuement actuel, ni les torts qu'il a pu avoir envers l'autre partie ne suffisent pour faire rejeter sa demande. Il a beau s'être mis par sa faute, par l'ivrognerie, par le jeu, dans la misère où il se trouve ; il a beau avoir manqué lui-même à tous ses devoirs, sa réclamation doit être écoutée parce qu'elle est fondée sur la qualité indélébile d'époux, de parent ou d'allié. On a vu des mères dénaturées obtenir une pension d'un enfant qu'elles avaient abandonné et dont elles ne s'étaient jamais occupées. Un fils ou un gendre dissipe la dot que lui ont donné ses parents ou beaux-parents : il a néanmoins le droit d'obtenir d'eux des aliments. Un fils se marie malgré la volonté formelle de son père qui refuse de le doter : il peut néanmoins obtenir des aliments, même pour un chiffre élevé, puisqu'il a maintenant femme et enfants.

Il y a cependant deux faits graves (la tentative de meurtre et l'accusation capitale jugée calomnieuse), qui font perdre le droit aux aliments. On tire cette conclusion de l'art. 727, qui attache à ces deux faits la déchéance du droit de succéder.

C. — Objet de la dette.

***679. Paiement en argent.** — En principe, la dette d'aliments s'acquitte en argent et non pas en nature. Elle ne consiste pas à recevoir chez soi le parent misérable, à l'héberger, à le nourrir ; mais bien *à lui fournir l'argent nécessaire pour vivre.* Le débiteur d'aliments ne pourrait donc pas se libérer en offrant au demandeur l'hospitalité à son feu et à sa table, pas plus que celui-ci ne pourrait lui imposer sa présence au foyer.

On évite ainsi des froissements presque inévitables entre personnes qui ont des rapports assez tendus pour demander à la justice l'exécution d'un devoir de famille.

680. Forme de paiement. — La prestation en argent ne consiste pas dans l'abandon d'un *capital*, qui pourrait grever trop lourdement le débiteur. Elle s'exécute par versements périodiques, par trimestres, par mois ou autrement suivant les convenances des parties ou l'appréciation du tribunal : c'est donc une sorte de *rente temporaire*, qui justifie très bien le nom qu'elle porte de *pension alimentaire.* Ordinairement elle se paie d'avance, au commencement de chaque mois ou de chaque trimestre. Le tribunal peut ordonner qu'elle sera *portable*, c'est-à-dire que le débiteur sera tenu de porter ou d'envoyer l'argent au domicile du créancier, tandis que d'après le droit commun les créances sont *quérables*, c'est-à-dire que le créancier doit venir toucher lui-même au domicile du débiteur.

***681. Montant de la dette.** — Il ne s'agit pas seulement de fournir à la personne qui réclame des secours, les *aliments* proprement dits, c'est-à-dire la nourriture ; l'obligation alimentaire est plus étendue : elle comprend tout ce qui est nécessaire pour vivre, le vêtement et le logement, aussi bien que la nourriture. C'est toujours ainsi qu'on a interprété le mot *aliments*, et telle était déjà l'explication qu'en donnaient les jurisconsultes romains : « Legatis alimentis, et cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest » (*Digeste*, liv. XXXIV, tit. 1, fr. 6). Ils y comprenaient même les frais de maladie, « valetudinis impendia » (*Digeste*, liv. VII, tit. 1, fr. 55).

Quant au chiffre du secours à accorder, il se mesure à la fois, d'après l'art. 208, *sur les besoins de celui qui réclame les aliments et sur la fortune de celui qui les doit.* La formule employée par la loi est assez large pour permettre au juge de tenir compte de toutes les circonstances, telles que l'état social des parties, leur santé, leurs charges de famille, etc.,

en un mot tout ce qui peut grossir le chiffre de la pension en faveur du créancier, ou le diminuer en faveur du débiteur.

Il arrive souvent que le demandeur s'adresse à des gens presque aussi pauvres que lui, et qui ne peuvent lui fournir qu'une pension insuffisante pour ses besoins reconnus ; il est impossible de les condamner à plus, car ce serait ouvrir un cercle vicieux, en les plaçant eux-mêmes dans la nécessité de réclamer des aliments à celui qui les poursuit. En pareille matière, chacun est tenu seulement « pro posse suo », comme on disait au moyen âge.

***682. Variabilité de la pension alimentaire.** — Les besoins de l'un et les ressources de l'autre sont nécessairement *variables*. Par conséquent, le chiffre fixé par les juges est toujours provisoire. Il peut à tout moment être modifié, de manière à suivre équitablement les fluctuations de fortune des deux parties. Ainsi les besoins du créancier viennent-ils à diminuer? le chiffre de la pension pourra être abaissé. Il en serait de même si le débiteur se trouvait, à son tour, dans un état de gêne croissant. Enfin la pension alimentaire cesserait complètement, soit le jour où le créancier n'en aurait plus besoin, soit le jour où le débiteur serait hors d'état de continuer, même en partie. C'est à cela que fait allusion l'art. 209 en disant que la *décharge* (dispense complète) ou la *réduction* pourra être demandée suivant les cas. Bien que la loi n'ait pas parlé d'une *augmentation* possible, elle serait légalement accordée, si les besoins de l'un ou les ressources de l'autre avaient grandi depuis le jugement.

683. Fixation conventionnelle ou testamentaire de la pension. — Assez souvent les parties se mettent d'accord elles-mêmes sur l'existence de la pension et sur son chiffre. A la différence des conventions ordinaires, qui font la loi des parties et qui sont irrévocables, ces conventions relatives aux pensions alimentaires peuvent être modifiées, le cas échéant, s'il survient quelque changement dans la situation de fortune du créancier ou dans celle du débiteur. L'entente établie entre elles est réputée faite en considération de l'état des choses à l'époque où elle a eu lieu ; elle est donc essentiellement provisoire et modifiable, comme le serait un règlement fait par justice.

Au contraire, la pension alimentaire constituée par testament ou par donation entre vifs a le caractère d'une libéralité irrévocable, à moins qu'il n'existe dans l'espèce une des causes de révocation admises par la loi pour les donations et les legs (art. 953 et s., art. 1046 et 1047).

***684. Cas où la dette alimentaire s'exécute en nature.** — Par dérogation au principe d'après lequel l'obligation alimentaire est une dette d'argent, le tribunal peut, dans deux cas différents, autoriser une exécution en nature. Le créancier d'aliments est alors reçu, nourri et entretenu dans la maison de son parent ou allié. Cette double dérogation est admise dans l'intérêt du débiteur, parce qu'il est toujours moins onéreux de recevoir et d'entretenir une personne chez soi que de lui fournir en espèces les moyens de vivre au dehors. Il y a une foule de frais généraux qui doivent être faits en double dans deux ménages séparés, et qu'on évite par la communauté d'existence.

Ce mode de libération, que la loi rejette en principe, est autorisé :

1° Lorsque la personne qui doit fournir la pension alimentaire justifie qu'elle ne peut la payer (art. 210).

2° Lorsque c'est un *père* ou une *mère* qui offre de recevoir son enfant chez lui (art. 211).

Au premier cas la dérogation est imposée par la force même des choses ; au second, par la nature des relations qui existent entre les enfants et leurs parents : un fils ou une fille ne peut se trouver humilié de l'offre qui lui est faite ; il ne fait que reprendre sa place au foyer paternel. Ainsi la première exception profite *à tout débiteur d'aliments* quelle que soit sa qualité, mais toujours sous la condition de prouver son impossibilité de servir une pension en argent. La seconde, au contraire, ne profite qu'*au père ou à la mère*, mais ceux-ci sont dispensés de faire cette preuve, leur demande est *toujours recevable*, sauf au tribunal à en apprécier l'opportunité : « Le tribunal prononcera si le père ou la mère, qui offrira de recevoir... (l'enfant) dans sa demeure... devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire. » La Cour de cassation reconnaît aux tribunaux le pouvoir de décider souverainement ce point (Cass., 23 janv. 1893, D. 93. 1. 184).

L'art. 211 n'autorise que les père et mère à recevoir leur enfant chez eux. Il faut en conclure que la même offre ne pourrait pas être faite (hors le cas de nécessité constatée) par un grand-père ou une grand'mère à ses petits-enfants, ni, à plus forte raison, par un beau-père ou une belle-mère à son gendre ou à sa bru. Cependant quelques auteurs étendent cette exception à tout parent ou allié en ligne ascendante, en alléguant l'identité de motifs.

D. — Caractères de la dette alimentaire.

***685. Absence de solidarité et d'indivisibilité.** — Il peut arriver que plusieurs personnes soient tenues en même temps de la dette alimentaire quand il y a plusieurs parents au même degré, par exemple plusieurs enfants. On se demande alors si le créancier d'aliments peut s'adresser à un seul d'entre eux à son choix pour lui demander le total, ou s'il est tenu de diviser son action et de réclamer à chacun une part. Le premier procédé serait plus avantageux pour lui, mais les créanciers qui ont plusieurs débiteurs n'ont le droit d'agir ainsi pour le total contre l'un d'eux qu'autant que leur créance est *solidaire* ou *indivisible*. Or la *solidarité*, à défaut de convention spéciale, ne se présume pas : elle ne peut résulter que d'une disposition de la loi ; de droit commun les dettes se partagent de plein droit entre les divers débiteurs. Ici aucun texte n'a prononcé contre eux la solidarité. La dette alimentaire n'est donc pas solidaire (Paris, 26 avril 1892, D. 93. 2. 175) (1).

L'*indivisibilité* résulte de la nature de l'objet dû : la dette est indivisible lorsque son objet ne peut être fourni utilement au créancier par fractions. On a prétendu que la créance d'aliments avait ce caractère, parce qu'il s'agit de *faire vivre* quelqu'un et qu'on ne peut pas vivre pour moitié ou pour un tiers. Mais on a fort bien répondu que le véritable objet consiste en prestations pécuniaires, et que rien n'est plus facilement divisible que l'argent, et qu'en supposant même des prestations en nature, elles sont susceptibles de plus ou de moins, ce qui implique la divisibilité.

***686. Intransmissibilité de l'obligation alimentaire.** — L'obligation alimentaire s'éteint par la mort du *créancier*. Elle est en effet fondée sur un rapport personnel de parenté ou d'alliance qui périt avec lui. Ses héritiers n'ont que le droit de réclamer les *arrérages*, c'est-à-dire les trimestres échus du vivant du créancier et non encore payés. — Il est bien évident d'ailleurs que s'ils sont eux-mêmes dans le besoin et investis d'une qualité qui donne droit aux aliments, ils pourront en demander. Par exemple les fils, après la mort du père, pourront s'adresser aux grands-parents. Mais en ce cas ils exercent un droit qui leur appartient *de leur chef* et qu'ils n'ont pas reçu, par transmission héréditaire, de leur père décédé.

L'obligation alimentaire s'éteint de même par la mort du *débiteur* d'aliments ; les héritiers ne peuvent être poursuivis que pour le paiement de l'arriéré, s'il y en a (Besançon, 8 juill. 1879, D. 80. 2. 142. S. 80. 2. 299). L'opinion contraire, qui considérait les héritiers comme tenus de l'obligation alimentaire envers le créancier survivant, a eu des défenseurs opiniâtres. Elle était illogique, car elle faisait survivre l'effet à sa cause : la cause, c'est la qualité d'époux, de parent, d'allié, à laquelle les héritiers ne succèdent pas ; la dette d'aliments n'en est que la conséquence.

687. Exceptions. — Cependant l'obligation alimentaire se transmet dans deux cas particuliers aux héritiers et successeurs de la personne qui en était tenue :

1° La première de ces exceptions résulte du Code civil et a lieu au profit des *enfants incestueux et adultérins* (art. 762, al. 2). L'art. 764 considère implicitement la « succession » de leurs père et mère comme tenue de la dette d'aliments ;

2° La seconde a été établie par la loi du 9 mars 1891, au profit du *conjoint survivant*, à qui on accorde une pension alimentaire sur la succession du prédécédé.

(1) Cependant la jurisprudence décide que chacun des père et mère est tenu *pour le tout* des aliments qui sont dus à leurs enfants (Cass., 21 mai 1890, D. 90. 1. 337, S. 91. 1. 81) sans qu'il y ait pour cela entre eux une véritable solidarité (Cass., 6 août 1894, D. 95. 1. 199, S. 94. 1. 416). Voyez la note de M. de Loynes, sous Nancy, 15 avril 1899, D. 1900. 2. 193.

***688. Insaisissabilité.** — Toute pension alimentaire est *insaisissable* : les créanciers de la personne qui la touche ne doivent pas compter sur elle pour se faire payer (art. 581, C. proc. civ.). Par suite, le débiteur de la pension, s'il était lui-même créancier de son parent ou allié, ne pourrait pas lui opposer la *compensation* (art. 1293-3°). Il doit continuer à lui servir la rente, sans espoir d'être payé lui-même.

***689. Incessibilité.** — En général, les droits insaisissables sont en même temps incessibles : si les créanciers ne peuvent pas saisir, c'est que leur débiteur lui-même ne pourrait pas se dépouiller de son droit. Une pension alimentaire ne peut donc pas être cédée (Paris, 11 mai 1892, D. 92. 2. 239). On cite à tort, en sens contraire, Bordeaux, 17 mars 1891, D. 91. 2. 179 ; il s'agissait, dans cette affaire, non d'une pension alimentaire, mais d'une provision accidentelle, payable en une seule fois.

II. — Le mariage.

690. Bibliographie. — Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, 2 vol. — Ch. Lefebvre, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1900. — P. Gide, *Condition civile et politique des femmes*, 2e édit., 1885. — Ern. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2e édit., Paris, 1880. — Le P. Daniel, *Le mariage chrétien et le divorce*, 1870. — Basdevant, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*, thèse, Paris, 1900. — Horoy, *Traité du mariage* (droit canonique), 1886. — Meynial, *Le mariage après les invasions*, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1896-1898. — P. Quinquet de Monjour, *L'indissolubilité du mariage en France du Ve siècle au Concile de Trente*, thèse, Paris, 1901. — Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, thèse, Paris, 1901. — Georges Dumas, *Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français*, thèse, Paris, 1902. — A. Béchaux, *Le programme socialiste et l'union libre* (*Réforme sociale*, 1er janvier 1903, p. 111), cf. *ibid.*, 16 janvier, p. 184-185. — Peytel, *L'union libre devant la loi*, thèse, Paris, 1904. — E. Roguin, *Traité de droit civil comparé*, I. *Le Mariage*, Paris, 1904. — Émile Stocquart, *L'évolution juridique du mariage*, I. *France*, Paris et Bruxelles, 1905. — Voyez aussi nos 742, 781, 835 et 1018. Spécialement pour la condition de la femme mariée, voyez t. III, nos 762 et 888.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

§ 1. — *Définition et caractères généraux du mariage.*

A. — Du mariage légitime.

***691. Changement nécessaire dans la définition traditionnelle.** — Les formules que les Romains employaient pour définir le mariage ne sont plus exactes. D'après les idées antiques, le mariage aurait pour essence l'*établissement de l'égalité* entre les deux époux : « Individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ, divini atque humani juris communicatio. » Dans une société répartie en classes, où existe une hiérarchie sociale des personnes, et où chaque famille a son culte particulier, on conçoit que la loi traduise sous

cette forme le caractère de l'union qu'elle santionne. Cet effet était celui qui frappait le plus, et il était suffisant pour caractériser l'union légale et pour la distinguer du concubinage, simple union de fait. — Mais chez les peuples modernes, et spécialement en France, où les distinctions sociales ont disparu des lois et ne subsistent plus que dans les mœurs, la définition romaine n'a plus de sens.

Où se trouve donc aujourd'hui le caractère du mariage, capable de le distinguer du concubinage? Uniquement *dans sa force obligatoire* : le mariage est une union qui ne se dissout pas au gré des époux et qui, de sa nature, doit durer autant que leur vie. Quand on se marie, *on se lie juridiquement*, on « s'oblige ». Le mariage moderne est un « contrat » que la loi fait respecter, qu'elle ne permet pas de rompre et qu'elle sanctionne ; l'adultère est un « délit ». Que cette force obligatoire du mariage moderne lui soit procurée par la religion ou par la loi, peu importe : là est son caractère véritable. A l'époque romaine, on ne se mariait pas pour s'assurer la fidélité de son conjoint : le divorce était libre ; il avait lieu sans cause déterminée, sans procédure, sans jugement ; il pouvait même se faire sous le nom de « repudium », par la volonté d'un seul des deux époux : les « justæ nuptiæ » étaient aussi fragiles que le « concubinatus ».

Le grand fait historique, qui a changé la conception du mariage, est donc l'établissement plus ou moins complet de son *indissolubilité*. Il s'est produit sous la forme d'une réglementation restrictive du divorce qui, dans les pays catholiques et en France même pendant longtemps, est allée jusqu'à sa suppression complète. Si cette indissolubilité ne s'était pas établie, la disparition des castes, sous l'influence des idées chrétiennes d'égalité et de fraternité, aurait confondu le mariage avec le concubinage. Aujourd'hui les traits essentiels du mariage, les seuls qui méritent de figurer en première ligne dans sa définition, sont donc sa force obligatoire et sa durée. On doit dire : le mariage est *un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré* (1). On voit par là à quel point sont éloignés du but les définitions antiques qui traînent encore dans beaucoup de livres.

***692. Caractère contractuel du mariage.** — L'idée que le mariage est un contrat est rejetée par beaucoup de gens. Chez la plupart, c'est l'effet d'une préoccupation religieuse, parce que, dans la doctrine canonique, l'institution du sacrement de mariage a absorbé le contrat. Mais la loi, qui statue pour un peuple pratiquant des religions différentes et comprenant même des personnes qui n'en pratiquent aucune, ne peut pas faire sienne une conception religieuse (ci-dessous, n° 841). Chez quelques autres, l'erreur tient à une notion inexacte de la nature des contrats. Voyez notamment Beaussire (*Principes du droit*, p. 212-213), qui s'imagine qu'un contrat est un acte essentiellement arbitraire dans toutes ses parties alors qu'il n'en est aucun pour lequel certains éléments, certaines conditions ou certains effets ne soient imposés par la nature ou par la loi.

***693. Distinction de la convention de mariage et de l'état matrimonial.** — Une confusion, facile à éviter, est quelquefois commise. On entend par mariage l'*état matrimonial*, la condition sociale des époux. Il faut bien prendre garde que le mot *mariage* a deux sens : on s'en sert pour désigner tantôt la convention ou volonté de vivre ensemble, tantôt le genre de vie qui en résulte. Pris dans le second sens, le mariage n'est pas un contrat, c'est un *état* ; on dit qu'il dure, qu'il finit ; qu'il est heureux ou malheureux, etc. ; mais quand on le prend dans le premier sens, on dit qu'il se conclut, qu'il se brise, qu'il est valable ou nul, toutes choses qui ne sont intelligibles que pour les contrats. C'est donc jouer sur les mots que de dire : le mariage n'est pas un contrat, parce que c'est un « état de vie » ; cet état de vie naît d'un contrat qui s'appelle aussi « mariage ».

(1) Comparez la définition de Portalis : « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » Voyez la critique qu'en fait M. Ch. Beudant, qui reproche à Portalis de sacrifier à la phrase et de faire de la procréation des enfants le but essentiel du mariage. M. Beudant propose de définir le mariage : « la convention par laquelle deux personnes de sexe différent unissent pour la vie leurs destinées à titre d'époux » (*Cours*, t. I, p. 293). N'est-ce pas faire entrer la chose à définir dans la définition, car qu'est-ce que deux époux, sinon des gens mariés ?

***694. But du mariage.** — L'institution du mariage a plus d'une utilité. Celle qu'on met toujours en avant la première, c'est l'*association* des époux. « L'homme et la femme s'unissent, disait Portalis, pour s'aider par des secours mutuels à supporter le poids de la vie » (Locré, *Lég. civ.*, t. IV, p. 479-481 (1). — « Le mariage est une véritable société : les langues, les mœurs, les législations de tous les pays en font foi » (Glasson, *Le droit civil français*, nouv. édit., t. I, p. 119). Sans aucun doute le mariage a cet effet de créer entre les époux des devoirs réciproques : il les associe, mais ce n'est pas là son but : ce n'est pas l'intérêt personnel des époux qui justifie le mariage. Son motif impérieux se trouve dans les devoirs communs des parents envers les enfants ; l'union prolongée des père et mère n'est que le moyen de remplir ces devoirs. C'est la faiblesse de l'enfant, que la mère est impuissante à protéger seule, qui impose à l'homme cette union perpétuelle. Sans cette nécessité, l'humanité aurait pu s'en tenir au système des unions libres et temporaires. La production de générations nouvelles, — et je n'entends pas seulement par là la procréation des enfants, mais leur protection et leur éducation, — telle est la véritable raison d'être du mariage.

Ce qui trompe ceux qui soutiennent le contraire, c'est que le mariage a lieu quelquefois à un moment où la procréation des enfants n'est plus possible ; on ne lui voit plus alors d'autre but que la vie commune. Mais ce fait est trop exceptionnel pour altérer le caractère normal du mariage. Il arrive fréquemment qu'une institution juridique, établie dans un but déterminé, trouve ensuite dans la pratique d'autres utilités secondaires en vue desquelles elle n'a pas été faite. D'ailleurs la vie commune elle-même peut être impossible, par exemple dans les mariages *in extremis* : quand un mariage a lieu dans ces conditions, ce n'est ni pour vivre ensemble, ni pour avoir des enfants qu'on se marie, puisque l'un des conjoints va mourir. Le mariage ne conserve plus d'utilité que pour légitimer des enfants déjà nés, ou pour donner le titre d'épouse à une concubine ou à une fiancée. La réalisation du moindre des effets du mariage suffit pour le motiver dans des cas exceptionnels, mais non pas pour donner théoriquement la raison d'être décisive de cette institution, son but social.

Au fond, le mariage n'est pas autre chose que l'union sexuelle de l'homme et de la femme, élevée à la dignité de contrat par la loi et de sacrement par la religion, parce que ceux qui réclament le titre d'époux comprennent toute la portée de leur union et en acceptent toutes les conséquences et tous les devoirs. Le droit canonique, plus rapproché que nos lois modernes des origines historiques de l'institution, a toujours tenu pour maxime que la consommation du mariage (copula carnalis) était de son essence (2). Un mariage non suivi de consommation était nul. C'est ainsi que Louis XII a pu faire annuler son union avec la fille de Louis XI pour épouser Anne de Bretagne. C'est pour cela que jusqu'à la Révolution on a hésité à admettre la validité des mariages contractés « in extremis vitæ momentis », c'est-à-dire à un moment où il est certain qu'aucune consommation ne peut plus avoir lieu. Si la loi moderne les autorise, c'est qu'elle tient compte de la multiplicité des effets juridiques du mariage et qu'il lui paraît suffisant que l'un de ces effets (la légitimation d'un enfant, par exemple) puisse être obtenu pour motiver la célébration d'une union.

695. Diminution du nombre des mariages. — Un fait alarmant s'est produit en France : le nombre des mariages a beaucoup diminué de 1851 à 1890, époque où il est tombé à 269 332. Depuis lors un sensible mouvement de reprise a commencé : 303 469 mariages en

(1) On a reproché à Portalis d'avoir présenté la vie conjugale comme un *fardeau*. « C'est un système philosophique aussi faux qu'il est dangereux », disait Mourlon. « Doctrine funeste ! » disait Laurent. Il n'y a pourtant rien d'immoral à parler des charges de la famille et à évoquer ainsi l'idée du *devoir* devant ceux qui se marient.

(2) Aucune législation n'a attribué autant d'importance aux rapports sexuels dans la conception du mariage. M. Esmein (t. I, p. 83-83) explique ce caractère du droit canonique par une double influence : ce droit s'est formé d'abord par la pratique plutôt que par la science, il a largement emprunté aux coutumes et aux idées populaires, et il s'est fait peuple, pour ainsi dire, en adoptant cette conception du mariage que le peuple envisage surtout par son côté naturaliste. — En second lieu, l'influence de certains textes de l'Ecriture a été prépondérante. La loi juive porte encore la marque des coutumes primitives jusque dans ses expressions pittoresques et poétiques.

1901 ; 306 487 en 1906 ; 309 389 en 1910 ; 311 929 en 1912. On a attribué ce progrès à la loi du 21 juin 1907, qui a simplifié les formalités nécessaires pour le mariage, mais on voit qu'il avait commencé bien auparavant. Ce fait s'explique en partie par les progrès du divorce : un bon nombre des gens qui se marient sont des divorcés, de sorte que le nombre total des gens mariés n'augmente pas autant que le disent les statistiques. Sur « la crise du mariage », voyez TURGEON, *Le féminisme français*, t. II, p. 68-80, et JOLY, dans le *Correspondant*, janvier 1902.

696. Diminution du nombre des naissances. — A l'affaiblissement du mariage correspond une diminution plus effrayante encore de la natalité. En sept ans, de 1883 à 1890, on a constaté une baisse de près de 100 000 dans le nombre des naissances : de 937 944, elles tombèrent à 838 059. Elles s'étaient relevées un peu en 1899 ; on a compté en France 847 627 naissances, ce qui est encore un chiffre extrêmement faible. Depuis lors, un nouveau recul : en 1904, 818 229 ; en 1906, 806 847 ; en 1910, 774 358, alors que dans la période 1861-1870 nous comptions 991 000 naissances par an. Pendant ce temps-là, la population allemande augmente rapidement : l'année 1898 a donné 1 964 731 naissances, soit plus du double des naissances françaises et l'excédent des naissances sur les décès a été de 846 871 ; c'est un accroissement de population qui est de 27 à 28 fois supérieur au nôtre. Aussi l'Allemagne peut opposer maintenant 65 millions d'habitants à nos 38 millions de Français. Au train dont vont les choses, il y aura bientôt 100 millions d'Allemands en Europe (y compris ceux d'Autriche) (1). Comparez DES CILLEULS, *La population française en 1800 et en 1900* (*Réforme sociale*, 1901).

B. — Du concubinage.

697. Sa nature extrajuridique. — C'est par ses formes et par son caractère obligatoire que le mariage se distingue aujourd'hui du concubinage. Celui-ci est un *pur fait* : ce n'est pas un *contrat* ; il n'a point de formes déterminées, et il ne produit point d'effets juridiques ; il reste entièrement en dehors du droit. Tout ce qu'on peut en dire c'est qu'il est *licite*, à moins qu'il ne constitue un adultère ou un enlèvement de mineur ; l'inceste n'est pas puni. — Voyez cependant Caen, 5 avril 1910, P. et S. 1911. 2. 229.

Devant la conscience les concubins ont les mêmes devoirs que les époux : toute union d'un homme et d'une femme engendre les mêmes obligations, parce qu'elle peut donner naissance à un enfant et fonder en fait une famille. La différence est que les *époux* reconnaissent ces obligations et s'engagent à les remplir, tandis que les *concubins* ne s'y astreignent pas et se réservent la possibilité de s'y soustraire. Ce qui fait que le concubinage est immoral, ce n'est pas une simple omission, l'absence des formes initiales, c'est que, grâce à cette irrégularité, les concubins conservent leur liberté et enlèvent au pouvoir social tout moyen de contrainte. Or la société a un intérêt suprême à la durée des unions qui créent les familles (2).

698. Le concubinage à l'époque romaine. — La distinction du concubinage et du mariage est donc aujourd'hui très nette. Il n'en a pas toujours été de même. En droit romain

(1) Notre système fiscal a une bonne part de responsabilité dans ce phénomène, qui amoindrit progressivement la race française en lutte avec des races plus prolifiques. Il est organisé de telle sorte que les taxes écrasent les familles nombreuses ; l'impôt sur les loyers notamment est en réalité un impôt sur les charges de famille : il ne serait équitable que si on divisait le revenu présumé du chef de famille par le nombre de personnes qu'il fait vivre. L'impôt sur le revenu, aggravant encore ces charges, aura un effet désastreux. Le législateur prend des mesures d'une insuffisance ridicule : une loi du 8 août 1890, art. 31, exempte de la contribution mobilière les familles de *sept enfants* qui paient une contribution inférieure à 10 francs. Le beau cadeau !

(2) Cela n'empêche pas le législateur moderne de pousser de tout son pouvoir à l'abandon du mariage en améliorant systématiquement la situation de l'enfant naturel : depuis 1896 les gens non mariés peuvent se donner, par un simple concubinage, des enfants qui ont, par rapport à eux, des droits équivalents à ceux des enfants légitimes. Voyez T. III, nos 1834-1838 et 2944-2954. Tous ceux qui n'attendent pas des successions de leurs familles sont ainsi sollicités par la loi elle-même à s'affranchir des liens du mariage.

il n'y avait pas à proprement parler de *célébration* du mariage ; le droit réglait seulement ses *conditions* de validité et ses *effets* ; il ne s'occupait pas de ses *formes* ; les cérémonies religieuses, les fêtes et réjouissances qui accompagnaient ordinairement le mariage n'étaient pas nécessaires. D'autre part, le divorce n'était pas réglementé ; il pouvait avoir lieu sans cause déterminée et même par la volonté d'un seul des deux époux (*repudium*). Le mariage était donc aussi peu solennel et aussi peu solide que le concubinage, de sorte que la distinction était souvent difficile à faire. Quant à la théorie traditionnelle qui fait du « concubinatus » une union juridique, une sorte de mariage inférieur, elle perd tous les jours du terrain, et l'avenir appartient aux idées émises sur ce sujet par M. Gide (1).

§ 2. — *Histoire de la législation du mariage.*

***699. Période antique.** — Dans l'empire romain, c'était le pouvoir civil qui possédait la législation et la juridiction en matière de mariage. Quand vint le christianisme, les empereurs s'inspirèrent de plus en plus des principes de l'Église, mais ne s'y conformèrent jamais absolument. Ainsi ils maintinrent le divorce, que l'Église condamnait.

Les actes législatifs du pouvoir séculier sur le mariage se prolongent jusque vers l'an 900 : le dernier document de ce genre que l'on cite est l'édit de Piste de 864 (LAUNOY, *Regia in matrimonium potestas*, 1674, 347-348).

***700. Période canonique.** — Dès le début, l'Église avait établi des préceptes nouveaux en matière de mariage, et comme son autorité allait en grandissant, ce qui n'avait été à l'origine qu'un pouvoir disciplinaire finit par devenir un véritable pouvoir de législation et de juridiction. On peut admettre que cette substitution de l'Église au pouvoir séculier était consommée au xe siècle. Depuis lors, et pendant plus de six cents ans, l'Église fut seule à légiférer sur le mariage et seule à juger les causes matrimoniales. Ce fait est un des points les plus importants de l'histoire de l'Église. L'Évangile a été avant tout une réforme morale, et ce fut sur la vie privée, et en particulier sur le mariage, que porta l'effort décisif.

***701. Retour offensif du pouvoir civil.** — A partir du xvie siècle, la royauté s'efforça de reconquérir le terrain perdu. Elle commença par ressaisir la *juridiction sur les causes matrimoniales*. Les tribunaux laïques avaient toujours conservé la connaissance des *questions d'ordre pécuniaire* qui naissent du mariage ; ils partirent de là pour connaître des affaires relatives au mariage lui-même. De bonne heure, ils statuèrent sur les *questions de séparation de corps*, sous prétexte que cette séparation de personnes entraîne la séparation de biens. Ils se mirent plus tard à juger les *demandes en nullité de mariage*, soit en distinguant le contrat du sacrement (HOUARD, *Dictionnaire de la coutume de Normandie*, t. I, p. 337), soit en déclarant, sur appel comme d'abus, « mal et abusivement contractés » les mariages non conformes aux règles sur l'âge des époux, sur la publication des bans, sur le consentement des parents (FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique*, t. II, p. 46).

A partir de 1556, les *ordonnances royales* recommencent à s'occuper du mariage. Elles n'osent pas établir des causes de nullité que l'Église ne connaît pas ; mais elles retirent peu à peu les effets civils à certains mariages : elles permettent aux parents de déshériter leurs enfants qui se sont mariés sans leur consentement (Ord. de février 1556 v. st. ; Ord. de Blois de 1579) ; plus tard, elles prononcent de plein droit la déchéance de tous droits successoraux contre ces enfants (Ord. de 1639) et quelquefois même la peine de mort (Ord. du 22 novembre 1730). D'autres ordonnances s'occupèrent de la forme des mariages (Ord. de Blois 1579 ; édit de mars et déclaration de juin 1697).

L'État a mis trois siècles à ressaisir le double pouvoir que l'autorité civile avait laissé

(1) *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, Paris, 1880 (Extrait du Compte rendu de l'Acad. des Sciences morales et politiques, et réimprimé en 1885 à la suite de *La condition privée de la femme*, 2e édition).

jadis glisser de ses mains. Depuis la Révolution son triomphe est complet. Il y a une scission absolue entre la loi de l'État et les préceptes de la religion ; la loi civile « ignore » la législation canonique (comp. VIOLLET, *Précis*, 2e édit., p. 395-401).

***702. État actuel.** — Actuellement le droit français considère le mariage comme un contrat exclusivement civil ; la loi seule en règle les conditions, les formes, les effets, les nullités. Il s'est produit ainsi pour le mariage, considéré au fond et en lui-même, de même que pour les registres de l'état civil, une sécularisation complète. C'est un principe incontesté de notre droit public depuis la constitution de 1791, qui portait : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » (Tit. II, art. 7). Une disposition analogue, qui figurait dans le projet de Code civil, a été retranchée comme superflue.

CHAPITRE II

CONDITIONS NATURELLES D'APTITUDE AU MARIAGE

***703. Énumération.** — Deux conditions seulement sont exigées par la loi moderne pour qu'une personne possède, d'une manière générale, l'*aptitude au mariage :* il suffit d'être 1° *pubère*, 2° *sain d'esprit.* La loi n'exige pas la *majorité;* elle oblige seulement le mineur à se pourvoir du consentement de ses parents (ci-dessous, chap. IV). — Le droit moderne ne tient plus compte de l'*impuissance.* Telles sont les seules conditions exigées de chaque époux individuellement. En outre la condition fondamentale de tout mariage est la *différence de sexe* entre les deux personnes qui veulent s'unir.

§ 1. — *De l'impuberté.*

***704. Nécessité d'une présomption de puberté.** — De tout temps la puberté a été une condition du mariage ; la nature l'impose. Mais comme elle arrive à un âge qui varie d'un individu à l'autre, on ne pouvait songer, sans révolter la pudeur, à une vérification directe. On a donc établi un âge à partir duquel l'individu est considéré comme pubère. Il y a ainsi une *puberté légale* qui peut ne pas coïncider avec la puberté réelle.

****705. Age de la puberté légale.** — D'après les traditions romaines, cet âge était fixé à 12 ans pour les femmes et à 14 ans pour les hommes, et jusqu'en 1792 on n'en a pas connu d'autre. C'était une puberté un peu précoce. La présomption était bonne peut-être pour les climats du Midi ; elle était contraire aux faits en France, et plus encore dans les pays du Nord. Heureusement les mœurs corrigeaient la loi ; on s'abstenait en général de se marier si jeune. La loi du 20 septembre 1792 exigea une année de plus et la puberté fut fixée, suivant les sexes, à 13 et 15 ans. Le code civil la reporta

à 15 ans *révolus* pour les femmes, et à 18 ans *révolus* pour les hommes (art. 144). Comme l'a dit Portalis « il était impolitique de permettre à des « êtres à peine affranchis de la stérilité de l'enfance de perpétuer dans des « générations imparfaites leur propre débilité ».

706. Utilité d'une réforme. — Les chiffres adoptés par le Code civil sont encore trop faibles et, même au point de vue physiologique, il serait avantageux de reculer de nouveau l'époque normale du mariage (1). Les femmes qui se marient trop jeunes n'ont que des enfants petits et chétifs, ou bien elles resteront stériles pendant les premières années de leur mariage. La mortalité est beaucoup plus grande parmi les enfants de femmes très jeunes que parmi ceux dont les mères se sont mariées tard.

***707. Des dispenses d'âge.** — D'après l'art. 145, le gouvernement est autorisé à permettre le mariage, même avant l'âge fixé par le Code, pour *motifs graves*. La loi l'a laissé juge de la gravité des motifs ; celui que l'on fait valoir le plus ordinairement est la grossesse de la femme. Il y a sur ce sujet des circulaires ministérielles de 1824 et de 1832. Le mode à suivre pour l'obtention des dispenses est réglé par un arrêté du 20 prairial an XI. La loi n'a pas déterminé non plus l'étendue des dérogations que l'art. 144 pourrait recevoir. En fait, le gouvernement n'accorde jamais de dispense pour plus d'une année, et leur nombre est toujours faible (22 en 1901).

§ 2. — *De la folie.*

****708. Pourquoi l'aliéné est incapable de se marier.** — Les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par la folie, soit par l'imbécillité, sont incapables de contracter mariage. Elles sont incapables de donner un consentement, et le consentement est de l'essence du mariage comme de tous les contrats. C'était le motif qu'en donnait Pothier (*op. cit.*, n° 92) ; on s'en contente encore de nos jours, et pourtant il n'est pas le seul. Le mariage n'est pas seulement un *contrat*, auquel il faille consentir une fois ; c'est aussi un *état* qui se prolonge, qui doit durer la vie entière, avec de lourdes charges, que celui qui se marie doit être à même de supporter. Un fou est incapable aussi bien de remplir ses devoirs d'époux une fois marié que de consentir à son mariage.

***709. Possibilité du mariage pendant les intervalles lucides.** — Quand la folie présente des intervalles lucides, le mariage est possible, parce que, aux yeux du Code, il n'y a pas d'autre obstacle à sa conclusion que l'impossibilité de consentir, et que la volonté reparaît pendant ces intervalles. Pothier, logique dans son système, le décidait ainsi : « Cette per- « sonne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux « que le mariage qu'elle contracterait pendant ce temps serait valable » (*op. cit.*, n° 92). Telle est encore la solution implicite du Code civil.

(1) On s'est plaint quelquefois d'un mal inverse. Les mariages tendent à devenir de plus en plus *tardifs* et on a même reproché à la loi militaire d'avoir à cet égard un effet désastreux : la vie de caserne enlève aux jeunes paysans le désir de retourner aux champs (discussions entre MM. Levasseur et Roussel, à propos du recensement de 1891, Acad. Sciences morales, *Comptes rendus*, 1892, I, 350).

***710. Effet de l'interdiction.** — Cette solution est fâcheuse. Elle est heureusement corrigée par l'effet attribué à l'*interdiction judiciaire* qui constate chez une personne l'état habituel de démence ou d'imbécillité. L'effet de ce jugement est de frapper l'individu d'une incapacité générale et *permanente*; son utilité est de supprimer pour ainsi dire les intervalles lucides, en faisant persister l'incapacité juridique pendant ces intervalles, de façon à empêcher toute difficulté dans l'avenir sur la question de savoir si tel acte a été passé pendant un intervalle lucide ou non. Le projet de Code civil déclarait l'interdit incapable de contracter mariage. L'article qui contenait cette disposition bienfaisante fut retranché sur une observation de Cambacérès que c'était la conséquence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable (Fenet, t. IX, p. 8 et 12). Ce retranchement n'a donc pas eu pour but de permettre à l'interdit de se marier, mais bien de supprimer comme inutile une énonciation que l'on jugeait contenue implicitement dans l'art. 146. Ainsi les fous et les imbéciles, lorsque leur état est régulièrement constaté par un jugement d'interdiction, sont incapables de se marier, même quand ils sont par intervalles en état de consentir. Si l'on pouvait en douter encore, il suffirait de se reporter à l'art. 174. Dans cet article, la loi permet à certains collatéraux de faire opposition au mariage de leur parent en se fondant sur son état de démence, mais en même temps elle les oblige à demander son interdiction dans un bref délai. Qu'est-ce à dire, sinon que l'interdiction une fois prononcée établira d'une manière définitive l'obstacle qui empêche leur parent de contracter mariage? Cependant les auteurs modernes ont une tendance à admettre que l'interdit peut se marier dans un intervalle lucide. Voyez l'analyse de la doctrine dans Dalloz, *Suppl.*, v° Mariage, n° 103, et spécialement Huc, t. II, n° 17, et Villey, *Des actes de l'interdit*, p. 154 et suiv.

Quant à la jurisprudence, elle n'a jamais eu à se prononcer directement sur la question. Un arrêt de 1844 a seulement admis, *dans ses motifs*, que l'interdit pour cause de démence n'était pas absolument incapable de se marier dans ses intervalles lucides (Cass., 12 nov. 1844, D. 45. 1. 99, S. 45. 1. 246). Voyez aussi Gand, 2 juin 1902. S. 1903. 4. 24; Trib. Vervins, 21 juill. 1910, D. 1911. 5. 6, P. et S. 1911. 2. 125, et les notes.

En fait un grand nombre de fous ne sont pas interdits, les familles reculant devant la publicité de la procédure d'interdiction et ayant à leur disposition un autre moyen plus simple et plus discret : l'internement. Si la pratique ne produit pas d'effets fâcheux, c'est qu'une personne dont la folie est bien caractérisée ne trouve pas à se marier.

§ 3. — *De l'impuissance.*

711. Système de l'ancien droit. — Dans l'ancien droit, l'aptitude à la génération était, même pour les pubères, exigée comme une condition indispensable pour le mariage, qui était nul quand elle faisait défaut. L'impuissance figurait parmi les empêchements *dirimants* du mariage. Pothier en donnait la raison suivante : « Si les impubères sont regardés comme incapables de contracter mariage, parce qu'ils ne sont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, *à plus forte raison* les impuissants, qui ne peuvent jamais le devenir, en sont incapables » (*Contrat de mariage*, n° 96). On ne faisait d'exception que pour l'impuissance qui tenait à la vieillesse.

712. Système moderne. — Le Code n'a point parlé de l'impuissance au sujet du mariage. Les travaux préparatoires nous apprennent pourquoi. Les demandes en nullité de mariage qui se fondaient sur cette cause suscitaient beaucoup de difficultés et de scandales, même après que la procédure du « congrès » eut été abolie par le Parlement de Paris (Arrêt de règlement du 18 septembre 1677). Portalis et Tronchet, dans la séance du 14 brumaire an X, expliquèrent le silence gardé par la loi sur l'impuissance par le désir de mettre fin à ces inconvénients. Il en résulte que l'aptitude à engendrer ou à concevoir, après l'âge de la puberté légale, n'est plus exigée par la loi. Voir toutefois ce qui sera dit à propos des nullités de mariage (ci-dessous, n° 1030).

§ 4. — *De la différence des sexes.*

713. Silence des textes. — Chaque époux étant personnellement apte au mariage, il est de plus nécessaire que ceux qui se présentent pour se marier soient de sexe différent. Cette condition est tellement évidente que la loi n'en a pas parlé. Elle doit cependant être vérifiée. Ordinairement, son existence est certaine par elle-même ; mais l'officier de l'état civil a un moyen juridique pour s'en assurer : la loi veut qu'il se fasse remettre les actes de naissance des deux époux, toutes les fois qu'il sera possible de se les procurer (art. 70). Or, l'acte de naissance indique le sexe de l'enfant, et c'est un des points que l'officier de l'état civil qui a reçu cet acte a dû vérifier par lui-même ou par un médecin délégué. — Dans les cas exceptionnels où il y aurait une erreur sur le sexe de l'un des conjoints, ou bien s'il y a absence de sexe déterminé, une question s'élève : c'est celle de la nullité du mariage ; elle sera examinée plus loin, nos 1005 et 1006.

CHAPITRE III

PROHIBITIONS FONDÉES SUR DES CAUSES PARTICULIÈRES

***714. Notion générale et énumération.** — Il ne suffit pas qu'une personne ait l'aptitude générale au mariage, telle qu'elle est déterminée au chapitre précédent ; bien que cette capacité primordiale et indispensable soit acquise, il peut y avoir *une raison spéciale qui l'empêche de se marier.* Dans certains cas la loi interdit le mariage à une personne, en considération d'un *fait* ou d'un *état* qui constitue pour elle une *prohibition exceptionnelle de mariage.* Toutes ces prohibitions, sauf une, dérivent du Code Napoléon. Les causes qui les motivent sont : 1° *L'existence d'un premier mariage non encore dissous* ; 2° *La parenté ou l'alliance au degré prohibé* ; 3° *La crainte d'une confusion de part* ; 4° *L'abus du divorce* ; 5° *L'état militaire.* — En outre un certain nombre de prohibitions ont existé autrefois, que nos lois modernes n'ont pas reproduites ; une autre a subsisté jusqu'en 1904 : *la complicité d'adultère.*

§ 1. — *Prohibitions existantes.*

****715. Classification.** — Elles se divisent en deux classes :

Les unes sont *absolues*, en ce sens qu'elles interdisent le mariage avec toute autre personne, quelle qu'elle soit : celui qui en est frappé ne peut pas se marier du tout. Telles sont les nos 1, 3 et 5 de la liste précédente.

Les autres sont *relatives*, c'est-à-dire que le mariage est interdit avec telle ou telle personne déterminée (un parent, un allié, l'ancien conjoint),

mais non avec les autres. Elles sont fondées en effet sur un *rapport* particulier qui existe entre deux individus et qui n'existe pas entre chacun d'eux et toute autre personne. L'effet de ces prohibitions est donc très borné, tandis que les premières reposent sur une *qualité personnelle* de l'individu qui existe nécessairement envers tout le monde.

1° Mariage antérieur non dissous.

***716. Raisons d'être de la monogamie.** — La *monogamie* est depuis longtemps la loi des peuples civilisés. La nature elle-même l'indique comme devant être la règle de l'humanité, en maintenant dans l'espèce humaine l'équilibre numérique des sexes. En France, par exemple, si l'on considère, en chiffres ronds, un million d'enfants, on voit qu'ils se partagent par moitiés à peu près égales en garçons et en filles. Le faible excédent des garçons (510 000 contre 490 000) est plus que compensé par les chances plus nombreuses de mortalité qu'ils ont à courir. La *polygamie* est le régime des races pauvres. Elle suppose qu'une partie de la population vit dans une sorte de promiscuité, tandis que les grands et les riches entretiennent plusieurs femmes. Les chefs gaulois étaient polygames, et les exemples de polygamie persistèrent longtemps chez les Francs, même établis en Gaule et devenus chrétiens. C'était un retour offensif de la barbarie, car le monde latin était monogame. L'Église fit beaucoup pour rendre au mariage sa dignité.

***717. Répression de la bigamie.** — Pour pouvoir se marier, il faut être libre, c'est-à-dire *célibataire*, *veuf* ou *divorcé*. Celui qui est déjà engagé dans les liens d'un premier mariage ne peut pas en contracter un second. Il y aurait *bigamie*, et le second mariage serait *nul*. En outre, si l'époux bigame s'était remarié de mauvaise foi, c'est-à-dire n'ayant aucun motif plausible de se croire veuf, il commettrait un *crime*, puni des travaux forcés à temps (art. 340 C. pén.). L'officier public qui le marierait sciemment serait condamné à la même peine.

***718. Moyen adopté pour empêcher la bigamie.** — Une loi du 17 août 1897 a organisé des mesures destinées à empêcher la bigamie de se produire, ou tout au moins à la rendre plus difficile. Une *mention du mariage* doit être inscrite dans un court délai *en marge de l'acte de naissance* des futurs époux. Les extraits d'actes de naissance portent la date du jour où ils sont délivrés, et quiconque veut se marier doit produire à l'officier de l'état civil un extrait de fraîche date de son acte de naissance : cet extrait ne doit pas avoir plus de trois mois, s'il a été délivré en France, ni plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat (art. 70). Par ce moyen l'officier de l'état civil chargé de procéder à un mariage peut savoir d'une façon à peu près sûre si les futurs époux ne sont pas déjà engagés dans les liens d'une précédente union.

719. Unions polygames célébrées à l'étranger. — La loi qui prohibe la bigamie est une loi d'ordre public ; elle s'impose donc même aux étrangers qui habitent la France, même à ceux dont la loi nationale admet la pluralité des femmes. Cependant ces étrangers ne s'exposent pas à des poursuites en venant dans notre pays, leurs mariages étant par hypothèse célébrés en dehors du territoire ; ce que la loi prohibe et punit, c'est le fait de la célébration du second mariage en France. D'ailleurs elle respecte les usages des populations musulmanes dans nos colonies et dans les pays de protectorat.

720. Cas d'absence d'un conjoint. — L'*absence* ne donne jamais la certitude de la mort ; il en résulte que le conjoint abandonné par l'absent n'est pas libre de se remarier, quand même l'absence durerait très longtemps, parce qu'il ne peut pas prouver la dissolution du mariage en produisant l'*acte de décès* de son conjoint. Voyez l'Avis du Conseil d'État.

du 17 germinal an XIII, en note sous l'art. 139 C. civ., qui condamne l'emploi des *actes de notoriété* pour les militaires disparus.

2° Parenté ou alliance.

***721. Motifs de la prohibition.** — La prohibition du mariage entre proches parents est fondée sur une double raison :

1° *Une raison physiologique.* Dans les unions entre parents la race s'affaiblit ; les enfants sont souvent atteints de surdité, de folie ou d'épilepsie, ou ne vivent pas. Le sang a besoin de se mêler.

2° *Une raison morale.* Entre proches parents l'existence est souvent intime ; la vie de famille les réunit tous sous le même toit. La perspective d'un mariage possible pourrait provoquer des désordres.

Cette seconde raison est seule applicable aux *alliés.*

722. Impunité de l'inceste. — Le mariage célébré entre personnes parentes ou alliées au degré prohibé est *nul*, et le vice qui l'atteint porte le nom d'*inceste.* Chose remarquable ; l'inceste, qui est un crime dans beaucoup de pays, n'est pas puni en France. La sanction purement civile de la nullité du mariage est la seule, et naturellement elle ne frappe que ceux qui se marient, non les concubins. — L'inceste n'est pas puni en Roumanie ; il l'est en Allemagne, en Autriche, en Hongrie, en Suède.

723. Étendue ancienne de la prohibition. — A l'époque où le *droit canonique* régissait seul le mariage, il avait établi des prohibitions très étendues, jusqu'au 6e et même jusqu'au 7e degré canonique, ce qui, suivant la computation civile, donne le 12e et le 14e degré. Ces prohibitions excessives eurent un résultat singulier : les mariages des maisons régnantes en Europe, qui s'alliaient presque toujours entre elles, étaient pour la plupart sujets à être cassés, et dans la pratique on vit des exemples scandaleux d'annulation. Il fallait réagir : en l'an 1215, le Concile de Latran limita les prohibitions en ligne collatérale au 4e degré canonique, qui est le degré de petit-fils de cousins germains (notre huitième degré civil).

***724. Réduction moderne.** — Sous la Révolution, la prohibition n'exista plus qu'en ligne directe, et entre frères et sœurs. Le Code civil s'est montré lui aussi très sobre de prohibitions, peut-être trop, car il permet les mariages entre cousins germains, que condamnent beaucoup de physiologistes.

Les interdictions canoniques survivent encore pour le mariage à l'église ; mais on obtient facilement une dispense pour beaucoup d'entre elles, et elles ne sont plus guère autre chose qu'une ressource fiscale pour le clergé.

***725. Prohibition absolue en ligne directe.** — Entre personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance en ligne directe, que ce lien soit légitime ou naturel, le mariage est prohibé à tous les degrés (art. 161). Toutefois, en matière d'adoption, l'art. 348 ne mentionne que les alliés du premier degré : il défend le mariage de l'adopté avec le conjoint de l'adoptant, et celui de l'adoptant avec le conjoint de l'adopté. Mais à cause de l'âge qu'a ordinairement l'adoptant (plus de 50 ans), il semble inutile de prévoir des projets entre personnes d'un degré plus éloigné.

****726. Prohibition en ligne collatérale.** — Il y a prohibition :

1° Entre personnes parentes ou alliées au second degré : *frères et sœurs,*

beaux-frères et belles-sœurs sans distinguer encore si la parenté est légitime ou naturelle (art. 162). Toutefois entre beaux-frères et belles-sœurs la prohibition a été presque entièrement supprimée par la loi du 1er juillet 1914 modifiant l'art. 162 ; elle ne subsiste plus qu'au cas où le mariage qui avait créé l'alliance s'est dissous par le divorce.

Dans le cas d'adoption, la parenté au degré de frères et sœurs peut exister soit entre enfants adoptifs d'un même individu, soit entre l'adopté et un enfant qui surviendrait plus tard à l'adoptant (art. 348), car l'adoption n'est possible que de la part d'une personne qui n'a pas encore d'enfants.

2° Entre personnes parentes au 3e degré : *oncle et nièce*, *tante et neveu* (art. 163). Cette prohibition est spéciale à la parenté légitime ; l'art. 163 ne mentionne pas, comme le font les art. 161 et 162, les parents naturels à côté des parents légitimes. Elle ne s'applique pas davantage à l'alliance : entre alliés, il n'y a d'empêchement pour le mariage que pour les beaux-frères et belles-sœurs ; une personne peut donc épouser l'ex-conjoint de son neveu ou de sa nièce, ou celui de son oncle ou de sa tante.

3° Entre *grand-oncle* ou *grand'tante* avec un *petit-neveu* ou une *petite-nièce*. Cet empêchement est comme le précédent spécial aux parents légitimes et ne s'applique ni aux parents naturels ni aux alliés à ce degré, mais il n'a pas été établi expressément par le Code.

On s'est demandé si les expressions « oncle, tante, neveu, nièce » de l'art. 163 comprennent les grands-oncles et grand'tantes, les petits-neveux et petites-nièces. La question fut soumise au Conseil d'État, qui la résolut négativement le 23 avril 1808, et c'est aussi ce qui semble bien résulter des discussions préparatoires du Code civil. Mais l'avis du Conseil ne fut pas approuvé, et Napoléon fit paraître au *Bulletin des lois*, le 7 mai 1808, une décision contraire qui interdit le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce. Bien que cette décision n'ait pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et ne soit revêtue d'aucune signature, la jurisprudence s'y conforme (Cass., 28 nov. 1877, D. 78. 1. 209, S. 78. 1. 337).

***727. Question relative à la parenté naturelle.** — Pour faire obstacle au mariage, faut-il que cette parenté soit *légalement établie* soit par une reconnaissance volontaire, soit par un jugement? En règle générale, la parenté naturelle ne produit d'effets légaux qu'autant qu'elle est régulièrement constatée par l'un de ces deux modes, et d'habitude la loi a soin de le rappeler : elle ne parle jamais des parents naturels sans ajouter les mots « légalement reconnus ». Ici, par extraordinaire, ces mots ne figurent pas dans le texte : plusieurs en ont conclu que cela n'était pas nécessaire, et ils ont cru démontrer que cette omission était intentionnelle au moyen des travaux préparatoires : la Cour de Lyon avait demandé qu'on ajoutât les mots « légalement reconnus », et on ne tint pas compte de son observation. Ils font valoir en outre le scandale qu'il y aurait à voir un homme épouser sa fille ou sa sœur naturelle non reconnue, alors que la parenté est certaine en fait et connue de tout le monde. Voyez en ce sens Trib. civ. de Versailles, 13 janv. 1892, S. 92. 2. 92. Néanmoins l'opinion générale est d'avis contraire. La règle est que la parenté naturelle doit être régulièrement constatée pour produire ses effets, il faudrait un texte formel pour déroger à cette règle, et ce texte manque.

***728. Observation relative à l'alliance.** — Rappelons ce qui a été déjà dit à propos de l'alliance : l'obstacle qu'elle crée pour le mariage subsiste même après la dissolution de l'union qui l'a fait naître, et cela alors même qu'il n'en resterait pas d'enfants. Il y a mieux : tant que cette première union dure, on n'a pas besoin de l'alliance pour empêcher le mariage entre alliés, car il y aurait bigamie pour l'un des deux.

729. Combinaisons de parenté ou d'alliance où le mariage est permis. — Il n'y a pas d'autres empêchements de mariage fondés sur la parenté ou l'alliance. Ainsi le mariage est permis entre cousins germains, même sans dispenses. Ainsi encore deux sœurs peuvent épouser les deux frères ; deux sœurs peuvent se marier l'une avec le père, l'autre avec le fils. De même quand un veuf ayant un fils épouse une veuve qui a déjà une fille, le fils de l'un peut épouser la fille de l'autre.

****730. Dispense pour cause de parenté.** — L'obstacle que la parenté ou l'alliance met au mariage peut être levé dans trois cas au moyen de *dispenses* accordées par le gouvernement :

1° Entre beaux-frères et belles-sœurs (L. 16 avril 1832), dans le cas exceptionnel où cette prohibition subsiste encore (voy. ci-dessus, n° 726-1°) ;

2° Entre oncle et nièce ou tante et neveu (parents au 3e degré) ;

3° Entre grand-oncle et petite-nièce ou entre grand'tante et petit-neveu (parents au 4e degré) (art. 164 et décision impériale de 1808).

Les dispenses sont accordées par le chef de l'État sur le rapport du ministre de la Justice, et sur l'avis du ministère public du lieu du domicile de l'impétrant. L'arrêté du 20 prairial an XI a réglé le mode de délivrance de ces dispenses. En 1901, il en a été délivré 150 pour cause de parenté, et 1 287 pour cause d'alliance (*Officiel* du 5 janvier 1904). Une circulaire ministérielle, de novembre 1904, a recommandé aux parquets de se montrer très larges pour l'octroi des dispenses, et abrogé une circulaire contraire du 11 novembre 1875. — Aucune sanction pénale n'atteint l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage sans exiger ces dispenses (Nancy, 15 juill. 1909, P. et S. 1910. 2. 105).

3° Crainte d'une confusion de part.

***731. Caractère temporaire de la prohibition.** — Toutes les fois que la femme survit à la dissolution de son mariage, la loi lui impose un délai de dix mois, qu'elle doit laisser s'écouler avant de se remarier. La défense en est faite à la femme pour le cas de *mort du mari* par l'art. 228 et pour le cas de *divorce* par l'art. 296. On l'étend par analogie au cas où le mariage a été *annulé*. Aussi l'expression « délai de viduité » dont on se sert ordinairement pour le qualifier est-elle trop étroite, ne convenant qu'à un cas sur trois. — Après un divorce, le délai courait du jour de la transcription du jugement à l'état civil (Paris, 3 mai 1899, D. 1900. 2. 177) ; mais une loi du 13 juillet 1907 a abrégé ou même supprimé complètement ce délai (1).

732. Ses motifs. — Cette règle n'est pas fondée sur des raisons de convenance, sur une sorte de deuil légal imposé aux veuves, car elle s'applique à des femmes qui ne sont pas toutes des veuves, et les hommes, même veufs, n'y sont jamais soumis. Elle a pour motif le désir d'éviter une confusion de part (*turbatio sanguinis* ou *partus*), c'est-à-dire l'incertitude sur le véritable père de l'enfant. En effet, la loi, pour déterminer la paternité légitime, a dû évaluer la durée possible des grossesses d'une manière un peu large, de façon à comprendre les cas extrêmes de longueur ou de brièveté : elle leur assigne une durée de 300 jours au plus et 180 au moins. On obtient ainsi un intervalle de 121 jours, pendant lequel se place nécessairement la conception. Si une femme pouvait se remarier aussitôt après la dissolu-

(1) La femme divorcée peut se remarier aussitôt après la transcription du divorce, lorsqu'il s'est écoulé trois cents jours après le premier jugement, préparatoire ou autre, rendu dans la cause, ou lorsqu'il y a eu une séparation de corps précédant le divorce (art. 296 et 297 nouveaux).

tion de son premier mariage, et si cette femme mettait ensuite au monde un enfant moins de 300 jours après la dissolution du premier mariage, cet enfant pourrait être attribué légalement à ses deux maris, puisque la période de 121 jours, pendant laquelle la conception a été possible aurait commencé du vivant du premier mari et ne se trouverait pas encore finie au moment où le second mariage serait célébré.

733. Fixité du délai. — Le délai de 10 mois choisi par la loi est celui des grossesses les plus longues, 300 jours. Après ce temps on est certain que les enfants qui naissent n'ont pas pour père le premier mari. La confusion de part que redoute la loi disparaît lorsque la femme, enceinte à la dissolution de son mariage, accouche avant l'expiration des dix mois. Cependant la loi ne lève pas la prohibition du mariage, et quelque vaine que soit une crainte de ce genre, il faut attendre la fin du délai.

4° Complicité d'adultère (Prohibition supprimée en 1904).

734. Origine de la prohibition. — Une loi d'Auguste, *Lex Julia de adulteriis coercendis*, avait interdit à la femme condamnée pour adultère d'épouser son complice (*Digeste*, liv. XLVIII, tit. 5, fr. 40).

735. Système du Code. — Les auteurs du Code, afin de réprimer la licence des mœurs que la Révolution avait portée à son comble, s'étaient montrés sévères : ils interdisaient à l'époux adultère de se marier avec son complice après le divorce (art. 298). Son application supposait que le complice de l'adultère était connu et qu'il avait été désigné soit dans le jugement correctionnel, soit dans le jugement de divorce (Paris, 2 août 1887, S. 87. 2. 160).

736. Réforme de 1904. — Le mérite de la disposition écrite dans l'art. 298 était fort controversé. Tandis que ses partisans y voyaient une mesure de haute moralité, ses adversaires lui reprochaient de perpétuer le scandale en empêchant l'époux coupable de régulariser à l'avenir sa situation. Le 15 décembre 1904 une loi a supprimé cette prohibition de mariage.

5° Union antérieure dissoute par le divorce.

737. Atténuation de cette prohibition. — L'ancien art. 295 disait que les époux divorcés ne pourraient plus se réunir à nouveau par le mariage. La rupture, une fois opérée, devait être définitive ; c'était à ceux à bien réfléchir auparavant. Le but était d'éviter des divorces demandés à la légère. — En 1884 on est parti d'une autre idée. Le divorce est un mal : si les époux divorcés se réconcilient, pourquoi ne pas admettre une sorte de restauration de leur mariage, surtout quand ils ont eu des enfants? On a donc supprimé en principe l'ancienne prohibition. On ne l'a laissée subsister que pour un cas particulier, qui, comme on va le voir, est de nature à se présenter rarement : si dans l'intervalle l'un des époux avait contracté un nouveau mariage avec une tierce personne et si ce second mariage a été lui aussi dissous par le divorce, il ne pourra plus se remarier avec son premier conjoint. Il est devenu suspect et on craint que son troisième mariage ne soit pas plus solide que les deux premiers.

6° État militaire.

738. Étendue et sanction de la prohibition. — Trois décrets, des 16 juin, 3 et 28 août 1808, ont défendu aux militaires, marins et gendarmes de se marier sans l'autorisation de leurs supérieurs, qui est donnée aux officiers par le ministre, aux sous-officiers et soldats par le conseil d'administration de leur corps. Voyez aussi les ordonnances du 29 novembre 1820 et du 20 janvier 1832. Pendant longtemps la nécessité d'une autorisation s'appliquait même aux hommes de la réserve séjournant dans leurs foyers (Circ. du 10 janvier 1854, D. 54. 3. 13. — Voyez toutefois L. 1er février 1868). Il est permis aux hommes de la disponibilité et de la réserve de l'armée active de se marier sans autorisation.

L'officier de l'état civil qui célébrerait sciemment le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat, sans exiger la pièce portant autorisation ou sans l'annexer à l'acte de mariage, encourrait la destitution (Décr. de 1808, art. 3).

§ 2. — *Anciennes prohibitions abolies.*

739. Leur grand nombre dans l'ancien droit. — Les prohibitions de mariage étaient autrefois beaucoup plus nombreuses qu'aujourd'hui : les *vœux solennels* que prononcent les religieux profès ; les *ordres sacrés* (prêtrise, diaconat et sous-diaconat) : l'*alliance spirituelle* née du *baptême* entre les parrain et marraine, d'une part, et les parents du baptisé, ou l'enfant lui-même, d'autre part ; l'*empêchement d'honnêteté publique* né des *fiançailles*, entre chaque fiancé et les parents de l'autre en ligne directe ; le *rapt* ou la *séduction* d'une jeune fille ; le *meurtre* du précédent conjoint ; la *diversité de religion* (édit de novembre 1680 sur les mariages entre catholiques et hérétiques) ; la *différence de couleur* (Code noir de 1724) ; la *mort civile* qui frappait les condamnés aux peines capitales. Presque toutes ces prohibitions ont disparu pendant la Révolution ou par l'effet de la publication du Code (L. 30 ventôse an XII). Cependant les mariages entre blancs et noirs et métis n'ont été permis dans les colonies françaises qu'en 1831 et 1833 ; la mort civile a subsisté jusqu'en 1854. En outre, les empêchements qui dérivent de la parenté et de l'alliance ont été considérablement réduits.

740. Mariage « in extremis ». — Les mariages contractés à l'approche de la mort n'étaient pas à proprement parler *prohibés*, car on n'en avait pas défendu la célébration ; mais les ordonnances de 1639 et 1697 les avaient *privés d'effets civils*. Le point le plus grave était que la personne qui avait eu des enfants d'un concubinage ne pouvait pas les légitimer par un mariage célébré aux derniers moments de sa vie. On espérait par ce moyen engager les concubins à régulariser au plus vite leur situation au lieu d'attendre leur dernière heure. Le mariage *in extremis* n'était donc pas défendu ; seulement la loi le rendait inutile. Rigueur vaine que le Code civil a abandonnée ; elle n'empêchait pas le mal ; elle empêchait de le réparer.

741. Mariage des prêtres. — Les *vœux religieux* engendraient autrefois un obstacle absolu au mariage : 1° pour ceux qui étaient ordonnés prêtres, diacres ou sous-diacres ; 2° pour ceux et celles qui entraient dans les ordres monastiques. Les Parlements ont toujours accepté les décisions des conciles sur ce point. Mais les interdictions canoniques ont été abrogées par la Révolution (Constitution des 3-14 septembre 1791 ; décrets du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 19 septembre 1793 ; — et pour les ordres monastiques, L. 13-19 février 1790).

Depuis la Révolution, il n'y a jamais eu de doute relativement aux membres des *communautés religieuses d'hommes ou de femmes* : les lois qui les ont rendus capables de se marier n'ont jamais été rapportées. Au contraire, la question du *mariage des prêtres* a plus d'une fois passionné les esprits. Il y a toute une littérature sur ce sujet (Voir Dramard, *Bibliographie*, nos 451 à 480, et mes deux premières éditions, t. III, n° 57). La question avait été définitivement tranchée bien avant que la séparation de l'Église et de l'État l'ait fait disparaître. (Cass., 25 janv. 1888, D. 88. 1. 97, S. 88. 1. 193).

CHAPITRE IV

DU CONSENTEMENT DES PARENTS

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

742. Bibliographie. — Vantroys, *Étude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, thèse, Paris, 1889. — Franck Bernard, *Étude sur le consentement des ascendants au mariage*, thèse, Paris, 1899.

***743. Protection due aux mineurs.** — L'homme et la femme prennent en se mariant les engagements les plus graves qu'ils puissent avoir à tenir au cours de la vie : ils doivent être capables d'en comprendre la portée et capables aussi de les remplir. Celui qui se marie dispose de son avenir entier, et ce qui augmente encore le péril, c'est qu'il agit ordinairement sous l'empire d'un sentiment qui trouble et fait taire la raison. Voilà pourquoi les mineurs ne peuvent pas se marier librement : il leur faut le consentement de leurs parents ou de leur famille. L'approbation des parents n'est pas seulement une garantie contre un coup de tête ; s'ils ne doivent pas laisser leur enfant s'engager à la légère dans un mauvais mariage, ils doivent aussi, quand se présente un bon parti, penser au lendemain ; des époux trop jeunes n'ont pas la raison et l'expérience nécessaires pour diriger une maison et élever des enfants. C'est une mesure de prudence sociale que d'exiger pour le mariage cette maturité d'esprit que l'âge seul peut donner. La loi n'impose pas d'une manière absolue la condition de majorité ; elle en fait juges les parents et leur délègue le pouvoir d'apprécier en fait si le mariage peut raisonnablement avoir lieu.

On peut donc se marier dès que l'âge de la puberté légale est venu ; mais tant que la majorité n'est pas atteinte, le mariage a besoin d'être autorisé par les parents. Ainsi le rôle de ces deux conditions de capacité n'est pas le même : *avant la puberté*, le mariage est *impossible*, sauf l'effet des dispenses d'âge ; après la puberté, mais *avant la majorité*, le mariage est *possible*, mais seulement *avec le consentement des parents.*

****744. Majorité matrimoniale.** — L'ancien droit coutumier français avait conservé la majorité romaine de 25 ans comme âge de la pleine capacité juridique. En 1792, l'âge de la majorité fut abaissé à 21 ans ; néanmoins le Code civil avait maintenu, en matière de mariage, l'ancienne majorité romaine, au moins partiellement : les garçons avaient besoin du consentement de leurs parents jusqu'à 25 ans ; tant qu'ils n'avaient pas atteint cet âge, ils étaient réputés mineurs quant au mariage (art. 148). Il existait ainsi une majorité spéciale pour le mariage, la *majorité matrimoniale*, distincte de la majorité ordinaire. Une loi du 21 juin 1907 a supprimé cette majorité spéciale et permis aux jeunes gens de se marier sans le consentement de leurs parents dès qu'ils ont atteint l'âge de 21 ans, afin de réduire le nombre des unions illégitimes et des enfants naturels.

Pour les *filles*, la majorité, et avec elle la pleine indépendance, a toujours été fixée à 21 ans depuis le Code civil (art. 148).

745. Inutilité du consentement des parents en droit canonique. — En droit romain, la puissance paternelle n'avait pas de limite : elle durait autant que la vie du père ; à 40 ou 50 ans l'homme pouvait encore être arrêté dans ses projets de mariage par le refus paternel. Il se fit une lente réaction à mesure que les traditions romaines s'affaiblissaient :

on permit aux enfants de famille de se marier sans le consentement de leurs parents. Le mouvement, commencé sous les empereurs païens, s'acheva à la fin du moyen âge. Les canonistes avaient adopté de bonne heure la doctrine de la validité du mariage contracté sans l'assentiment du père de famille et le *Concile de Trente* la proclama solennellement dans sa session XXIVe, en frappant d'anathème les partisans de la nullité. C'est la manifestation la plus remarquable d'une tendance constante du droit canonique, qui a voulu assurer à tout prix la liberté des mariages, fût-ce au péril de la famille (1).

746. Sa nécessité rétablie par le pouvoir civil. — Les Parlements n'acceptèrent pas la décision du droit canon et ils maintinrent la nécessité du consentement des parents. Toutefois, sauf quelques arrêts isolés, ils ne conservèrent pas intact le système romain et prirent un moyen terme : les *mineurs* de 25 ans furent seuls astreints à la nécessité d'obtenir le *consentement* de leurs parents ; les *majeurs* étaient seulement tenus de requérir leur *conseil*, et, en cas de refus, ils pouvaient passer outre.

Les enfants de famille qui se passaient du consentement de leurs parents se mariaient ordinairement en secret. De là le nom qu'on donne à ces mariages de *mariages clandestins*, ce qui voulait dire *mariages non autorisés par les parents*. On trouvera plus loin (nº 843) un autre sens du mot qu'il ne faut pas confondre avec celui-ci. Les mariages clandestins étaient fréquents ; pour les empêcher, les rois établirent contre eux une législation de plus en plus sévère. Un édit de Henri II, de février 1556 (1557 nouv. st.), permet aux parents d'exhéréder leurs enfants mariés sans leur consentement (2). L'ordonnance de novembre 1639 les déclara déchus de plein droit de tous leurs droits successoraux et de tous les avantages provenant des testaments ou de leur contrat de mariage. D'autre part, les Parlements assimilèrent le mariage clandestin au rapt et lui en appliquèrent les peines ; ce fut le *rapt de séduction* (voyez Duguit, *Le Rapt de séduction*, *Revue historique de droit*, 1886, p. 587). Mais, malgré les efforts de quelques-uns, la jurisprudence civile n'osa jamais aller plus loin et aboutir franchement à la nullité du mariage. Il n'appartenait qu'à l'Église de prononcer des annulations. L'édit de 1556 n'en a pas moins une grande importance historique : il est en France le premier acte législatif relatif au mariage émanant de l'autorité royale.

§ 2. — *Personnes dont le consentement est requis.*

A. — Mariage d'un enfant légitime.

1º Consentement des père et mère.

****747. Cas où les deux parents sont en état de consentir.** — Si le père et la mère sont tous deux vivants et en état de manifester leur volonté, l'enfant doit en principe obtenir le consentement de tous les deux, mais en cas de dissentiment, l'avis du père l'emporte : si le père consent, le

(1) « Le droit canonique, dit M. Esmein (t. I, p. 85-86), par un élan naturel et par un parti pris puissant, favorise la conclusion des mariages. Il pousse au mariage tous ceux qui ne se sentent pas capables de porter l'état supérieur de virginité ou de continence et qui ne s'y sont pas astreints par des vœux solennels... Pour faciliter la conclusion des mariages à l'âge où les passions ont le plus de force, il a affaibli la puissance paternelle et l'autorité familiale ; il a déclaré capables de se marier, de leur seule autorité, toutes les personnes pubères. » Voyez *ibid.* les textes rapportés par M. Esmein et qui donnent les motifs de cette tendance du droit canonique.

(2) Cet édit a eu pour cause un incident historique. Henri II voulait marier sa fille naturelle Diane à François de Montmorency, fils du connétable. Or François avait épousé secrètement Jeanne de Piennes, fille d'honneur de Catherine de Médicis, et le roi, qui ne pouvait obtenir du pape Paul IV la cassation du mariage, chercha par d'autres moyens à le rompre (Vantroys, *Thèse*, p. 188 et suiv.).

mariage peut avoir lieu ; s'il refuse, le mariage est impossible (art. 148). Le père exerce donc pour le mariage de ses enfants le pouvoir prépondérant qui lui appartient dans la famille, mais la loi veut que la mère soit consultée en même temps que lui. C'est d'abord un acte de déférence, et cette démarche n'est pas inutile ; la mère peut avoir à présenter des observations capables de faire réfléchir son mari ou son fils.

****748. Cas où un seul des deux parents est en état de consentir.** — Si l'un des deux parents, soit le père, soit la mère, est *mort* ou *dans l'impossibilité de manifester son consentement* pour cause de folie, d'absence, d'interdiction..., le consentement du parent présent et capable suffit, quand même ce serait la *mère*, quand même elle ne serait *pas tutrice*. L'art. 149 ne fait aucune distinction. Le droit de consentir au mariage est une prérogative de la puissance paternelle, qui ne peut appartenir qu'aux père et mère, tant qu'ils sont vivants et capables. Le mineur qui n'a plus que sa mère est ainsi dispensé de consulter ses ascendants paternels.

***749. Cas où les parents sont divorcés ou séparés de corps.** — Lorsqu'il existe une séparation de corps ou un divorce prononcé contre le père et que la garde des enfants lui a été enlevée pour être confiée à la mère, l'enfant peut rencontrer une opposition injuste de la part de son père ; le droit antérieur n'offrait aucun moyen de la surmonter.

C'est sur cette hypothèse qu'a été écrit le roman de M. Paul Bourget, intitulé « Un divorce ». Une loi du 28 juin 1896, remaniée par la loi du 21 juin 1907, a changé l'état du droit (art. 152 nouv.). Il faut distinguer deux cas :

1° Si l'un des deux parents réunit la double condition établie en 1896 (c'est-à-dire si le divorce ou la séparation a été prononcé à son profit et si la garde des enfants lui a été confiée), que ce soit le père ou la mère, son consentement suffit.

2° Si cette double condition n'est pas remplie, le désaccord entre les deux parents est tranché par la justice : c'est le *tribunal civil* qui accorde ou refuse le consentement demandé (art. 152 modifié en 1907). Le tribunal compétent est celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant ; les débats ont lieu en chambre du Conseil ; la décision est rendue à l'audience ; elle est en dernier ressort.

Lorsque le divorce a été prononcé aux torts des deux époux, on considère chacun d'eux comme l'ayant obtenu.

2° Consentement des ascendants du second degré.

***750. Égalité entre les deux lignes.** — Lorsque le père et la mère sont tous les deux morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le droit de consentir au mariage passe aux ascendants du degré supérieur, les grands-pères et grand'mères. Il se partage également entre les deux lignes paternelle et maternelle ; le côté paternel ne l'emporte pas sur l'autre. Par conséquent, il suffit qu'une des deux lignes consente pour que le mariage ait lieu : le *partage vaut consentement* (art. 150, al. 2).

***751. Comment se détermine l'avis de chaque ligne.** — Quand pourra-t-on dire qu'une ligne consent au mariage? Cela dépend du nombre des ascendants qui la représentent. S'il n'y en a plus qu'un, il suffit de son consentement. *L'avis de l'ascendant unique, qui représente une des deux lignes, l'emporte donc sur l'opposition de l'autre ligne*, même si cet ascendant appartient à la ligne maternelle, même si c'est une femme. Ainsi le mariage

pourra avoir lieu si la grand'mère maternelle l'autorise, quand même le grand-père et la grand'mère de la ligne paternelle répondraient par un refus. La prépondérance du sexe masculin, qui est admise entre ascendants de la même ligne, n'a pas lieu d'une ligne à l'autre.

S'il y a *deux ascendants dans la même ligne*, le grand-père et la grand'mère, tous deux doivent être consultés, mais s'ils ne sont pas du même avis, on applique la même règle que pour le désaccord entre les père et mère : *l'avis du mari l'emporte sur celui de sa femme* (art. 150, al. 1er). Par suite, lorsque l'enfant a encore ses quatre ascendants du second degré, le consentement d'un seul, pourvu qu'il soit du sexe masculin, l'emporte sur l'opposition des trois autres. — La disposition de l'art. 152 est spéciale aux père et mère et ne s'applique pas aux autres ascendants.

3° Ascendants du troisième degré.

752. Dévolution à leur profit du droit de consentir au mariage. — Les ascendants du troisième degré, bisaïeuls ou arrière-grands-pères et grand'mères, ne sont pas nommés expressément dans la loi. On reconnaît cependant que les expressions « aïeuls et aïeules » dont se servent les art. 150 et 160 anc. (159 nouv.) sont générales et comprennent tous les ascendants. Toutefois, un bisaïeul ne doit être consulté qu'autant qu'il reste seul pour représenter sa ligne ; le droit de consentir au mariage de son arrière-petit-enfant ne peut donc être exercé par lui qu'après la disparition de tous les ascendants plus proches en degré dans la même ligne.

On admet en général que chaque ligne possède un droit propre, qui doit être exercé tant qu'elle a des représentants. Il en résulte que le consentement donné par un bisaïeul resté seul dans sa ligne peut l'emporter sur l'opposition des aïeuls plus rapprochés qui représentent l'autre ligne. — Toutefois, cette dévolution d'un degré à l'autre est contestée par quelques auteurs qui n'admettent l'intervention des ascendants du troisième degré qu'autant que le second degré n'a plus de représentants dans une ligne ni dans l'autre.

4° Règles communes à tous les ascendants.

753. Cas où une des lignes fait défaut. — Si tous les ascendants d'une ligne sont morts ou incapables de consentir, le droit d'autoriser le mariage passe aux ascendants de l'autre ligne, quel que soit leur degré ; n'en restât-il qu'un seul, son contentement suffira, ou son refus empêchera le mariage.

***754. Facilités pour prouver les décès.** — Lorsqu'une personne se présente pour se marier sans produire le consentement d'un ou de plusieurs ascendants, prétendant qu'ils sont morts, elle doit régulièrement être porteur de leurs actes de décès, mais il arrive souvent, surtout dans les classes pauvres, que l'acte de décès ne peut être produit parce qu'on ignore dans quel lieu l'ascendant est décédé. Un avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII (23 juillet 1805) a réglé les moyens de preuve à fournir, avec la pensée de faciliter les mariages ; le décès des père et mère peut être *attesté par les aïeuls ou aïeules survivants*, pour la branche à laquelle ils appartiennent. Si tous sont morts, le futur époux majeur *attestera sous serment* qu'il ignore le lieu du décès et celui du dernier domicile. — Ces dispositions ont été insérées en 1896 dans l'art. 155 ; des mesures analogues ont été prises au profit des *mineurs* par la loi du 10 mars 1913 (art. 160 nouv.). Pour le détail, voyez ce texte.

755. Ascendants relégués ou transportés. — La loi du 20 juin 1896 (art. 153 nouv.) a assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté celui qui subit la peine de la relégation et celui qui est maintenu dans les colonies pénitentiaires par application de l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. C'est encore une mesure prise pour faciliter les mariages. Obliger un enfant, dont le père subit une peine en Nouvelle-Calédonie, à solliciter son consentement, c'était l'exposer à des retards considérables, et souvent faire manquer le mariage.

Cependant on n'a pas voulu frapper le condamné ou le relégué d'une déchéance absolue.

On dispense l'enfant de solliciter son consentement, mais on lui permet de le consulter et de produire son autorisation, quand il l'a obtenue (même art.).

755 *bis*. **Constatation du dissentiment entre ascendants.** — La loi du 10 mars 1913 a organisé des formes spéciales pour constater ce dissentiment. Voyez les alinéas nouveaux ajoutés par elle à l'art. 148.

5° Consentement du conseil de famille.

****756. Pourquoi son consentement est requis.** — Quand il n'y a plus ni père, ni mère, ni aucun ascendant, le droit de consentir au mariage du mineur appartient au *conseil de famille* (art. 160 anc., 159 nouv.). C'est lui, et non pas le tuteur, qui remplace alors les parents décédés, parce que c'est dans le conseil de famille que réside véritablement la puissance tutélaire ; le tuteur n'est qu'un agent d'exécution et d'administration.

757. Caractère de sa décision. — Ce n'est pas un simple *avis* que donne le conseil ; c'est un *consentement* ou un *refus* qui sera définitif. Aucun recours n'est ouvert, tandis que les décisions ordinaires du conseil ne sont que des « avis », qui peuvent être attaqués quand ils ne sont pas unanimes (art. 883 C. proc. civ.).

B. — Enfants naturels.

***758. Consentement des père et mère.** — L'art. 158 a été remanié en 1907 et en 1913. Le père et la mère doivent tous deux être consultés quand ils sont connus légalement ; en cas de dissentiment, l'avis qui l'emporte n'est pas nécessairement celui du père : c'est celui de la mère, si c'est elle qui a l'exercice de la puissance paternelle en vertu de la loi du 2 juillet 1907. Si l'un des parents est mort, absent ou fou, le consentement de l'autre suffit ; si l'un d'eux seulement est légalement connu, il suffit qu'il consente.

759. Exclusion des autres ascendants. — La loi ne parle pas des autres ascendants ; l'art. 158 ne renvoie pas à l'art. 150. Il y en a une bonne raison : aucun lien légal n'existe entre l'enfant naturel et ses ascendants.

***760-762. Enfant naturel sans père ni mère.** — Si les père et mère naturels sont tous deux morts ou hors d'état de manifester leur volonté, ou si aucun d'eux n'a reconnu l'enfant, le Code Napoléon voulait que le consentement nécessaire au mariage de l'enfant naturel lui fût donné par un *tuteur ad hoc* (art. 159). La loi du 21 juin 1907 a supprimé cette institution, qui était spéciale à l'enfant naturel ; désormais le mariage des enfants naturels mineurs, sans père ni mère connus, est autorisé par leur conseil de famille, mais c'est le tribunal civil qui remplit pour eux cette fonction (L. 2 juillet 1907). La loi du 10 mars 1913 a fait disparaître un doute qui s'était élevé sur ce point, en spécifiant qu'il s'agit du tribunal, et non d'un conseil de famille véritable (art. 159 nouv. *in fine*).

C. — Pupilles de l'Assistance publique.

763-764. Forme de l'autorisation. — Une pratique contraire à la loi, mais simple et expéditive, s'est introduite depuis le commencement du XIXe siècle. Les enfants assistés se marient avec la seule autorisation de leurs tuteurs légaux, c'est-à-dire des *commissions administratives des hospices* et à Paris du *directeur de l'Assistance publique* (L. 15 pluviôse an XIII ; L. 10 janvier 1849). La loi du 27 juin 1904 a régularisé la situation en donnant aux représentants de l'Assistance publique le droit de consentir au mariage (art. 13).

§ 3. — *Formes et caractères du consentement.*

****765. Moment où le consentement doit être donné.** — Le consentement dont l'époux a besoin est exigé par la loi pour compléter sa capacité encore imparfaite. On se défie de lui et de son inexpérience ; on veut qu'il soit *assisté* dans un acte aussi grave par ceux qui s'intéressent le plus à lui. C'est donc *au moment même où il contracte mariage* que l'approbation de ses parents lui est nécessaire.

***766. Consentement oral.** — Ordinairement les père et mère, et autres ascendants qui consentent à un mariage se rendent à la mairie avec les futurs époux, et ils donnent leur consentement verbalement à l'officier de l'état civil en réponse à la question qui leur est posée par celui-ci : « Consentez-vous au mariage? »

***767. Consentement écrit.** — Il y a des cas où le consentement ne peut être donné oralement au moment même du mariage ; l'ascendant réside au loin, ou bien il est malade, ou bien encore c'est le conseil de famille qui doit consentir ; on ne pouvait exiger qu'il se transportât en corps à la mairie, le juge de paix en tête, et suivi du greffier. En pareil cas le consentement est donné d'avance, et par *acte authentique* (art. 73).

De la part des ascendants, ce sera un acte notarié ; pour le consentement du conseil de famille on se servira d'une expédition de sa délibération délivrée par le greffier. La loi du 20 juin 1896, pour faciliter le mariage, permet à l'ascendant de donner son consentement par un acte reçu par l'officier de l'état civil de son propre domicile (art. 73, al. 2).

A l'étranger, l'acte peut être reçu par nos agents diplomatiques et consulaires. Pour les consentements à mariage donnés au cours d'un voyage maritime ou en temps de guerre, voyez la loi du 8 juin 1893 (art. 93 et suiv. C. civ.).

768. Désignation du conjoint de l'enfant. — Quand le consentement est donné par écrit, la personne que le mineur est autorisé à épouser doit y être désignée. Un consentement donné en blanc serait nul ; ce ne serait plus assister le mineur, le guider que de lui dire : « Marie-toi avec qui tu voudras », ce serait le dispenser d'obtenir un consentement.

La loi n'exige pas expressément cette désignation ; mais, malgré le silence du texte, il n'y a plus de doute aujourd'hui sur sa nécessité. Des circulaires ministérielles de 1807 et de 1852 ont appelé sur ce point l'attention des notaires et des officiers de l'état civil.

769. Caractère définitif du refus de consentement. — Lorsqu'un ascendant refuse son consentement, sa décision est définitive ; *l'enfant n'a pas de recours contre elle* et le tribunal ne pourrait pas la réformer. L'ascendant n'a même pas à donner les motifs de son refus.

Une exception à cette règle a été introduite par la loi du 24 juillet 1889 : quand un enfant a été *confié à l'Assistance publique* et qu'il s'agit de le marier, les parents qui ont conservé le droit de consentir à son mariage peuvent, en cas de refus de leur part, être cités devant le tribunal civil en la Chambre du conseil (non à l'audience publique), et, eux entendus ou

dûment appelés, le tribunal statuera en donnant ou en refusant l'autorisation de procéder au mariage (art. 17, al. 2).

***770. Révocabilité du consentement.** — Lorsque le consentement a été accordé d'avance, il peut être révoqué par celui qui l'a donné, tant que le mariage n'est pas célébré. L'ascendant peut avoir été trompé ; il a peut-être reçu de nouveaux renseignements, etc... C'est au moment même du mariage que son consentement est efficace ; il faut donc qu'il l'ait maintenu jusque-là. Pour le révoquer, il retirera sa signature des mains de l'enfant, ou, s'il n'en peut obtenir la restitution, il enverra à l'officier de l'état civil une *opposition* au mariage.

Si l'ascendant a commis une faute grave, en donnant d'abord son consentement à la légère pour le retirer ensuite, il peut être obligé de payer une indemnité à son descendant (Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908. 2. 73).

771. Cas de mort de l'ascendant. — On peut supposer que l'ascendant qui a donné son consentement meurt avant le mariage. L'enfant doit-il se munir d'un consentement nouveau? Cela dépend des cas. Si par exemple cet ascendant était le survivant des père et mère, le droit d'autoriser le mariage passe par sa mort aux ascendants du second degré, et l'enfant ne pourra se marier qu'après avoir obtenu leur consentement. Mais si l'ascendant décédé n'était pas seul de son degré, le consentement, déjà donné par les autres en même temps que par lui, suffit.

772. Rôle de l'officier de l'état civil. — L'officier de l'état civil qui procède au mariage doit s'assurer que les consentements nécessaires ont été donnés, qu'ils sont réguliers et qu'ils n'ont pas été retirés. Sinon il est passible d'une amende de 16 à 300 francs, et d'un emprisonnement de 6 mois à 1 an (art. 193 C. pén.). Il doit en outre, après s'en être assuré, en faire *mention dans l'acte.* S'il a omis cette précaution, il a commis une irrégularité moins grave, prévue et punie par l'art. 156 C. civ. d'une peine moindre (amende jusqu'à 300 francs). La loi du 21 juin 1907 a fait disparaître en ce cas une peine de six mois de prison prononcée par l'ancien art. 156.

§ 4. — *De la notification du mariage des majeurs.*

***773. Ancienne formalité des actes respectueux.** — Jusqu'en 1907 le droit français avait conservé un ancien usage qui obligeait les personnes majeures à obtenir le consentement de leurs parents ou de leurs grands-parents : c'était ce qu'on appelait les *actes respectueux.* La personne qui avait dépassé l'époque de sa *majorité matrimoniale* devait encore *requérir le conseil* de ses ascendants et solliciter leur approbation pour son mariage. A cet effet, lorsque l'ascendant refusait de donner son consentement à l'amiable, son descendant lui adressait une espèce de sommation rédigée en termes respectueux (d'où le nom *d'acte respectueux*). Si l'ascendant persistait dans son refus, son opposition n'empêchait pas le mariage ; elle entraînait seulement un retard d'un mois pour chaque acte, et la loi en exigeait quelquefois trois (art. 151). On espérait, par ce moyen, empêcher une sotte union en donnant à la personne, dominée par une passion passagère, le temps de réfléchir et de s'affranchir à temps d'une liaison fâcheuse ou d'un projet dangereux.

774. Motifs de leur suppression. — Les actes respectueux ne produisaient pas dans la pratique l'effet utile que le législateur en avait espéré. Ils n'avaient d'autres résultats que d'exaspérer les haines de famille par les lenteurs et les scènes pénibles qu'ils provoquaient, et d'imposer aux notaires, chargés de solliciter la réponse des parents, une mission désagréable. Déjà la loi du 20 juin 1896 en avait diminué le nombre. Au lieu de *trois* actes respectueux qu'exigeait en principe le Code civil, elle s'était contentée d'un seul, ce qui avait

eu pour résultat de réduire à un mois, dans tous les cas, le retard apporté au mariage. La loi du 21 juin 1907 les a supprimés, et elle les a remplacés par une autre formalité qui est loin d'en être l'équivalent : la *notification* du projet de mariage.

***775. Système actuel.** — La loi du 21 juin 1907 a presque totalement affranchi les personnes majeures de toutes ces entraves.

Premier cas. — Lorsque le futur époux (fils ou fille) a dépassé 30 ans, *aucune formalité n'est plus requise*; l'homme ou la femme de cet âge se marie librement, sans consulter personne. Les parents peuvent, s'ils le veulent, assister au mariage, mais leur consentement n'est même pas sollicité, tandis que, au temps où les actes respectueux étaient en vigueur, ces actes devaient être faits, *quel que fût l'âge du futur époux*, si le consentement des ascendants n'était pas produit par écrit ou donné verbalement.

Deuxième cas. — Même au-dessous de 30 ans, le futur époux ou la future épouse n'a jamais besoin de produire le consentement de ses *ascendants autres que père et mère*; les grands-parents ne sont plus consultés par leurs descendants majeurs. Avant 1907, les actes respectueux devaient leur être adressés, à défaut de père et de mère.

Un seul débris de l'ancien système a été conservé : les futurs époux majeurs doivent encore solliciter le consentement de leurs *père* et *mère*, tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge de 30 ans révolus (art. 151 nouveau). Si ce consentement n'est pas obtenu à l'amiable, le futur époux fait notifier l'union projetée à ses père et mère, ou à celui des deux qui refuse d'y consentir. Cette notification a lieu dans la forme réglée par l'art. 154 ancien pour les actes respectueux, c'est-à-dire qu'elle est faite *par un notaire*. Il peut être passé outre à la célébration du mariage 30 jours francs après justification de cette notification (art. 154 nouveau).

776-780. Comparaison avec l'ancien système. — La notification du projet de mariage, prescrite par la loi du 21 juin 1907, diffère profondément de l'acte respectueux unique qu'avait conservé la loi de 1896. Outre qu'elle n'est plus requise que jusqu'à l'âge de 30 ans, et seulement quand le futur époux a conservé ses père et mère, ou l'un d'eux, elle diffère encore par la forme de l'ancien acte respectueux. Elle se fait sur papier libre et sans frais d'enregistrement (art. 154). En outre le notaire, représentant le futur époux, ne sollicite plus la réponse des parents ; il se borne à leur faire savoir (*notifier*, dit la loi) le projet du mariage, et à les prévenir que la célébration aura lieu trente jours après, même s'ils n'y consentent pas.

CHAPITRE V

DES FIANÇAILLES

781. Bibliographie. — P. Viollet, *Précis de l'Histoire du Droit Français*, p. 354 à 360 ; 2e édit., p. 418-424. — Ambr. Colin, *Des Fiançailles*, thèse, Paris, 1887. — Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, 2 vol. in-8o. — François Escard, *Des fiançailles*

et de la nécessité de les faire intervenir dans la loi du mariage (*Réforme sociale*, 16 décembre 1901).

782. Définition. — On appelle « fiançailles », l'*engagement que prennent deux personnes l'une envers l'autre de se marier plus tard l'une avec l'autre.* — Le verbe « fiancer » avait anciennement le sens général de *promettre en engageant sa foi*; il ne s'est conservé dans l'usage que pour les promesses de mariage.

§ 1. — *Histoire.*

783. Système romain. — Les fiançailles, « sponsalia », étaient nettement distinctes du mariage dans le droit romain classique : mais il est probable qu'à l'origine elles représentaient l'*élément consensuel du mariage*, l'engagement de se prendre pour mari et femme, et que la « deductio puellæ » n'était que l'*exécution de ce contrat*, qui se composait ainsi de deux actes successifs, l'engagement et la consommation du mariage.

Dans le droit classique, les fiançailles ne sont plus obligatoires ; on peut s'en dégager, ce qui est la conséquence du droit désormais reconnu aux deux conjoints de rompre le mariage lui-même. Par suite encore, les fiançailles peuvent se faire par simple convention et n'ont pas besoin de revêtir les formes solennelles d'un contrat verbal.

784. Distinction canonique des paroles de présent et des paroles de futur. — Dans le droit canonique on distingua deux sortes d'engagements relatifs au mariage. L'un contenait le consentement *actuel* de se prendre pour mari et femme. Ce *consensus de praesenti* fut considéré comme étant le mariage lui-même (*pactio conjugalis*), auquel manquait seulement la consommation (*copula carnalis*). Quant à la *desponsatio per verba de futuro*, qui était une simple promesse de s'épouser plus tard, elle faisait des *fiancés* et non des *époux*. Ces deux engagements portaient également le nom de « sponsalia », mais ils étaient bien différents ; la distinction a été très nettement établie au XIIe siècle (Esmein, *op. cit.*, p. 121-123).

785. Valeur des fiançailles en droit canonique. — Les « sponsalia per verba de futuro » faisaient naître l'obligation de contracter le mariage promis. C'était une *véritable obligation juridique*, sanctionnée par une action en justice. Le moyen de contrainte seul fut difficile à trouver ; pour vaincre les résistances on ne pouvait employer que l'excommunication, et encore y eut-il sur ce point des hésitations.

Les fiançailles produisaient en outre un *empêchement au mariage* que l'un des fiancés aurait voulu contracter avec un des parents de l'autre.

Quant aux « sponsalia per verba de praesenti », comme elles constituaient non pas de simples fiançailles, mais un *mariage parfait*, on décidait que l'union contractée postérieurement par l'un des fiancés avec une tierce personne était nulle, même si elle avait été consommée la première. Cette règle fut législativement consacrée par les papes Innocent II (1130-1143) et Alexandre III (1159-1181).

786. Les fiançailles depuis le concile de Trente. — Lorsque le concile de Trente eut déclaré nul tout mariage qui n'aurait pas été contracté solennellement devant le propre curé des époux, les fiançailles, qui n'étaient plus utiles pour la formation du mariage, auraient dû disparaître ; néanmoins l'usage les conserva. On leur trouva même un nouvel intérêt. A partir des fiançailles les deux familles annoncent le mariage pour un terme désigné d'avance et dans cet intervalle les tiers avertis par le bruit public ont le temps de dénoncer les empêchements qui peuvent exister.

787. Sanction des fiançailles. — Anciennement on les sanctionnait par la *censure ecclésiastique*. Mais en 1637 et en 1638 deux arrêts interdirent l'emploi des censures ecclésiastiques sous peine d'appel comme d'abus, et les officiaux durent désormais se borner à assigner une légère pénitence (prière ou petite aumône). Cependant les Parlements reconnurent toujours aux fiançailles la valeur d'une promesse ordinaire, se résolvant en dommages et intérêts en cas d'inexécution, et l'on vit souvent un fiancé délaissé obtenir une condamnation pécuniaire contre celui qui avait manqué à sa parole sans justes motifs.

§ 2. — *Droit actuel.*

***788. Défaut de force obligatoire des fiançailles.** — Aujourd'hui la ruine des fiançailles comme institution juridique est consommée : *Toute promesse de mariage est nulle.* Les parties doivent arriver devant l'officier de l'état civil ayant encore leur pleine indépendance afin que le consentement qu'elles donnent alors soit réellement *libre*; la loi n'en connaît pas d'autre.

***789. Indemnités pour rupture d'un projet de mariage.** — Néanmoins on voit de temps à autre nos tribunaux allouer des indemnités à l'occasion de mariages manqués (Cass., 12 nov. 1901, D. 1902. 1. 46, S. 1902. 1. 237), mais il y a entre l'ancienne jurisprudence et la nouvelle une différence grave. On ne reconnaît à aucun degré la validité de la promesse de mariage; elle ne produit aucun effet, ni empêchement à un autre mariage, ni obligation pour le promettant, et *ce n'est pas en elle que l'action en dommages et intérêts prend sa source.* Cette action, quand elle a lieu, résulte de l'art. 1382 : tout fait illicite qui cause à autrui un dommage oblige son auteur à le réparer. Celui qui, *sans motifs sérieux*, rompt au dernier moment un projet de mariage, alors que l'autre partie a déjà fait des dépenses, acheté un mobilier, loué un appartement, etc., lui fait subir par sa légèreté un dommage dont il lui doit la réparation. Il peut en outre, par l'éclat d'une rupture, lui causer un préjudice moral en faisant soupçonner qu'il y a une raison cachée que la médisance s'exercera à découvrir. C'est sur ces faits que se fonde, depuis un arrêt de cassation du 30 mai 1838 (S. 38. 1. 492), la demande d'indemnité (Paris, 26 juin 1894, D. 95. 2. 86, P. et S. 94. 2. 264; Alger, 9 avril 1895, D. 95. 2. 320, P. et S. 96. 2. 79). On voit qu'elle serait également justifiée alors même qu'il n'y aurait eu en réalité aucune promesse formelle de mariage (1). Comp. Rennes, 18 juillet 1906, D. 1907. 2. 70, et la note.

Les résultats pratiques ne correspondent pas à ceux de l'ancien système : les dommages et intérêts sont obtenus plus rarement qu'autrefois. Mais c'est bien plus dans l'analyse de leur *cause juridique* que dans leur *fréquence* qu'il faut chercher le changement survenu. — Comp. Léon Giraud, *Des promesses de mariage*, *Revue critique*, 1888; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2e édit., p. 375, note 2; R. Angelesco, thèse, Paris, 1914.

790. Courtage matrimonial. — La jurisprudence annule, comme contraires aux bonnes mœurs, les traités par lesquels des entremetteurs stipulent une commission pour le cas où ils feraient réussir un projet de mariage (Cass., 1er mai 1855, D. 55. 1. 147, S. 55. 1. 337; Paris, 3 févr. 1859, D. 59. 2. 112, S. 59. 2. 265). Elle semble se départir de sa rigueur en admettant que l'agent matrimonial a droit à une indemnité, à raison de ses démarches et de ses déboursés (Cass., 20 avril 1904, D. 1904. 1. 420, S. 1905. 1. 281). En faveur de la validité complète, voyez Cass., roumaine, 19 janv. 1899, S. 1901. 4. 37; Trib. de Lisieux, 21 janv. 1903, D. 1908. 2. 81, S. 1903. 2. 182; Trib. de Nivelles, 11 févr. 1902, D. 1902. 4. 24; Agen, 13 déc. 1909, D. 1912. 2. 104, P. et S. 1910. 2. 211. Comp. A. Wahl, *Le courtage matrimonial*, *Revue trimestrielle*, 1904, p. 471. — Voyez cependant Caen, 23 févr. 1904, S. 1905. 2. 263; Pau, 9 août 1904, D. 1908. 2. 81, S. 1905. 2. 15.

CHAPITRE VI

FORMALITÉS PRÉALABLES AU MARIAGE

§ 1. — *De la publication.*

***791. Définition et motifs.** — Le mariage doit être précédé d'une publication, c'est-à-dire d'une *annonce publique du mariage*, et un certain délai doit s'écouler entre cette

(1) La jurisprudence exige à tort que la promesse de mariage soit *prouvée par écrit*, parce qu'il s'agit d'une rupture de contrat (Cass., 10 févr. 1909, D. 1909, 1. 157, P. et S. 1909.

publication et la célébration du mariage. La loi demande aux époux de remplir diverses conditions d'aptitude au mariage ; elle prévoit en outre certains faits sur lesquels elle fonde des prohibitions spéciales. L'absence d'une de ces conditions d'aptitude ou l'existence d'un de ces faits constitue ce qu'on appelle un « empêchement ». Ainsi l'impuberté, le défaut de consentement des parents si le futur est mineur, le défaut de notification, s'il est majeur, la parenté au degré prohibé, un mariage antérieur non dissous, sont des empêchements. *Quand il existe un empêchement, le mariage ne doit pas être célébré*, puisqu'il le serait en violation de la loi ; l'officier de l'état civil doit *refuser son ministère*. Mais le législateur devait prévoir que certaines personnes chercheraient à se marier sans remplir les conditions voulues ou au mépris de ses prohibitions, en cachant leur situation. La tromperie est difficile pour le défaut d'âge ou pour le défaut de consentement des ascendants, car les officiers de l'état civil se font remettre les actes de naissance des parties et si on ne produit pas le consentement des parents ils demandent les actes de décès. Il faudrait donc fabriquer des pièces fausses. Mais rien n'est plus aisé que de les tromper sur d'autres points, tels que la parenté, l'alliance ou l'existence d'un premier mariage (voyez cependant ci-dessus, n° 718). Dans les villes surtout, les officiers municipaux ne connaissent pas les parties ; ils ignorent s'il existe des empêchements et ils pourraient se prêter de très bonne foi à des unions illicites. Il y a donc un grand intérêt, pour assurer le respect de la loi, à ce que l'officier public soit *averti* de l'existence de l'empêchement. Pour y réussir la loi a organisé deux procédures particulières : la *publication du mariage*, et les *oppositions au mariage*. La publication est destinée à provoquer les oppositions : elle fait connaître au public le projet de mariage, et on espère que, s'il existe un empêchement, il est connu de quelques personnes et que celles-ci s'empresseront d'en donner avis à la mairie.

792. Origine. — La publication du mariage a son origine dans les *bans* ou *bannies* que le clergé catholique adressait aux fidèles du haut de la chaire, dans le même désir de faire connaître au public les mariages projetés et de refuser son ministère si on lui donnait avis d'un empêchement. Le clergé a continué d'annoncer publiquement les mariages ; les bans se font encore le dimanche à la grand'messe, mais ils n'ont plus d'utilité que pour assurer l'observation des règles canoniques dans les mariages célébrés à l'église.

793. Irrégularité de la pratique et réforme de 1907. — D'après l'art. 63, la publication devait consister dans une *annonce orale*, faite au public par l'officier de l'état civil, *deux dimanches de suite*, à la porte de la maison commune. Ensuite l'officier devait en dresser acte sur un registre spécial. Enfin une affiche annonçant le mariage était apposée à la porte de la mairie pendant l'intervalle des deux publications. Les choses ne se passaient pas ainsi, surtout dans les villes ; on s'était dispensé des publications orales ; on se bornait à rédiger l'*acte* de publication sur le registre et à placer une affiche dans un tableau spécial où elle restait pendant le temps nécessaire. D'après la loi du 21 juin 1907 qui a voulu régulariser la pratique, toute publication orale est supprimée ; il n'y a plus deux publications, mais *une seule*, et tout se borne *à l'apposition d'une affiche* à la porte de la mairie.

794. Demande de publication. — L'officier de l'état civil ne doit procéder à la publication d'un mariage que sur la réquisition des deux futurs époux à la fois ; la demande formée par un seul n'est pas suffisante, car il n'est pas sûr que l'autre adhère au projet de mariage : mais il n'est pas nécessaire que les futurs remettent à ce moment toutes les pièces requises ; il suffit qu'ils les produisent avant la célébration.

795. Communes où doit être faite la publication. — Elle est exigée d'abord dans toutes les communes où le mariage peut être célébré, et qui peuvent être au nombre de quatre (art. 166 et 167) (ci-dessous, n° 853). En outre, elle doit être faite dans toutes les communes où sont domiciliés les ascendants *dont le consentement est nécessaire*. Remarquez ces derniers mots : il faut que le futur époux ait encore besoin de leur *consentement*.

1. 553). Cette solution est ancienne et a été donnée primitivement à propos de la séduction (Gand, 25 nov. 1882, D. 84. 2. 136 ; Grenoble, 2 févr. 1897, D. 98. 2. 57). Comp. ci-dessous, n° 1524. Pour la critique de cette jurisprudence, voyez R. Angelesco, *Thèse*, p. 85-86.

S'il peut s'en passer en leur adressant seulement une notification, la publication n'est pas exigée dans la commune qu'habitent les ascendants (art. 168).

Si l'un des futurs époux a besoin d'être autorisé par un conseil de famille, on doit décider, par analogie, que la publication doit être faite dans la commune où siège ce conseil, car l'époux se trouve « sous la puissance d'autrui » relativement au mariage.

796. Délai entre le mariage et la publication. — Pour donner le temps aux oppositions de se produire, la loi fixe un délai pendant lequel le mariage ne peut pas avoir lieu ; il peut être célébré *au plus tôt* le dixième jour après la publication (art. 64).

Ce délai est le même qui avait été établi par le Code civil. Il y a toutefois cette différence que les anciennes publications, qui étaient au nombre de deux, se faisaient nécessairement *le dimanche*, tandis que la loi nouvelle, pour respecter le repos hebdomadaire des employés de mairie, permet de faire *à un jour quelconque* la publication aujourd'hui unique, tout en exigeant que le délai observé avant le mariage comprenne encore, comme autrefois, *deux dimanches*. Complication inutile : les services de l'état civil restent ouverts le dimanche à raison des courts délais imposés pour les déclarations de naissance ou de décès.

797. Des dispenses. — De tout temps, il a été permis aux parties de se faire dispenser partiellement, pour des causes graves, de la nécessité d'observer le délai des publications. L'ancien art. 169 autorisait seulement la dispense de la *seconde* publication, ce qui amenait une réduction du délai à *deux jours francs*. La loi du 21 juin 1907, allant plus loin, a permis de *dispenser de toute publication et de tout délai*.

Cette dispense ne peut être accordée que *pour des causes graves*, que la loi ne précise pas. En fait la jurisprudence en admet trois : la maladie de l'un des futurs (mariage *in extremis*), un départ forcé et subit, un accouchement imminent de la future.

D'après l'art. 169, la dispense est accordée par le gouvernement « ou par les officiers préposés à cet effet ». Un arrêté du 20 prairial an X a confié ce soin aux procureurs de la République. Les chambres de 1907 leur ont confirmé cette attribution. La compétence à cet égard est déterminée par le lieu où le mariage doit être célébré.

798. Délai utile pour le mariage. — Le délai pendant lequel le mariage peut être célébré commence à courir le dixième jour après la publication. *Il dure un an* (art. 65). Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, une nouvelle publication est nécessaire : la première est *périmée*. Le motif de cette exigence est que de nouveaux empêchements ont pu surgir pendant un si long retard.

§ 2. — *Des oppositions au mariage.*

799. Anciens abus. — Avant la Révolution, aucune règle ne limitait la possibilité d'entraver les mariages par des oppositions. Qui voulait s'opposer pouvait le faire et pour un motif quelconque. Cette liberté amenait des abus sans nombre : un prétendant évincé, une maîtresse abandonnée, un ennemi inconnu, un jaloux, faisait opposition, provoquait des retards, des frais, des désagréments, parfois une rupture.

***800. Réglementation moderne.** — Pour empêcher ces vexations, la loi du 20 septembre 1792 restreignit le droit d'opposition dans des limites rigoureuses, et le Code a suivi son exemple : ce droit n'est plus accordé qu'à un petit nombre de personnes, et à la plupart d'entre elles il n'est permis d'en user que dans un ou deux cas prévus et déterminés. En outre la loi a établi certaines formes qui sont obligatoires à peine de nullité, et faute desquelles l'officier de l'état civil n'est pas tenu de surseoir.

***801. Système suivi en pratique.** — Dans la pratique la loi n'est pas

observée. Les officiers de l'état civil ont une tendance marquée à s'abstenir toutes les fois qu'ils sont prévenus de l'existence d'un empêchement et que l'avis leur paraît sérieux. Dans certains cas leur intérêt personnel est gravement engagé : la loi prononce parfois contre eux des peines quand ils célèbrent *sciemment* des mariages qu'elle défend (art. 156, 157 C. civ., 193, 194 et 340 C. pén.). Alors même qu'ils ne s'exposeraient personnellement à aucune peine, ils ont des raisons sérieuses d'être prudents : mieux vaut un retard que l'annulation d'un mariage. On peut dire qu'en fait toute opposition, dont la fausseté n'est pas apparente, est respectée. Il y aurait donc lieu, si on voulait expliquer le mécanisme des oppositions tel qu'il fonctionne, d'introduire dans le droit une distinction nouvelle qui existe déjà dans les faits. Il faudrait distinguer l'*opposition*, régulière et permise par la loi, et le simple *avis* sans forme et sans règle. L'opposition véritable équivaut à une *défense* pour l'officier de l'état civil ; il est tenu d'attendre, pour procéder au mariage, qu'on lui en rapporte la *mainlevée*. Le simple avis au contraire ne le lie pas ; c'est un avertissement envoyé par n'importe qui et sous n'importe quelle forme : on le prévient qu'il existe un empêchement, voilà tout. C'est lui qui est juge de ce qu'il doit faire, il peut s'abstenir ou passer outre. L'avis n'a qu'un seul résultat ; il constitue l'officier de l'état civil en état de *mauvaise foi*, et le rend passible des peines prononcées par la loi. — Il est bon d'ajouter que l'*opposition irrégulière*, soit par vice de forme, soit comme émanant d'une personne qui n'a pas qualité pour la faire, est nulle et n'a que la valeur d'un simple avis.

Ainsi le changement qu'ont voulu les auteurs du Code n'est pas atteint : les officiers de l'état civil tiennent compte d'oppositions auxquelles la loi n'a attaché aucun effet. Et cependant les abus qui se commettaient au XVIIIe siècle ont disparu. La raison n'en est pas dans la réglementation sévère des oppositions, mais *dans la diminution du nombre des empêchements de mariage et des cas de nullité*. Ce qui fait qu'on ne voit plus tant de mariages arrêtés par des oppositions malveillantes, c'est que les causes d'empêchement sont beaucoup moins nombreuses qu'autrefois, et que celles qui subsistent sont presque toutes faciles à vérifier. Pourtant des abus se produisent encore. Voyez CORBET, *Des oppositions à mariage*, thèse, Paris, 1905.

A. — Personnes ayant le droit de former opposition.

***802. Énumération.** — Peuvent faire opposition : 1° le conjoint de l'un des futurs époux ; 2° les *père* et *mère* de chacun d'eux ; 3° les autres *ascendants* ; 4° quelques *collatéraux* les plus proches ; 5° le *tuteur* ou *curateur* de l'un des futurs ; 6° le *ministère public*.

***803. Opposition d'un conjoint.** — Il s'agit de la personne avec laquelle l'un des futurs époux est déjà marié. La loi le nomme en première ligne (art. 172), parce que c'est lui qui a le plus d'intérêt à empêcher un nou-

veau mariage. Un époux divorcé n'a plus le titre de conjoint ; par conséquent le divorce enlève au premier conjoint le droit de faire opposition à un nouveau mariage (Trib. de Lyon, 27 déc. 1888, D. 90. 2. 365, S. 91. 2. 246 ; Cass., 14 avril 1902, D. 1903. 1. 380, S. 1903. 1. 121).

***804. Opposition des père et mère.** — Le droit de faire opposition appartient aux parents naturels aussi bien qu'aux parents légitimes, car la loi ne distingue pas (art. 173). Mais la mère légitime n'a jamais le droit d'opposition qu'autant que le père est mort, déchu, ou hors d'état de manifester sa volonté, parce que le consentement du père suffit pour le mariage, tandis que la mère naturelle peut être investie de la puissance paternelle, même quand le père est vivant et connu (L. 2 juillet 1907).

Cependant il y a un cas où il n'eût été que juste d'accorder le droit d'opposition à la mère, même du vivant du père : c'est lorsque l'enfant a omis de la *consulter* (ci-dessus, nº 747). Elle peut seulement avertir officieusement l'officier de l'état civil de cette irrégularité, et il est probable que celui-ci consentira à surseoir jusqu'au jour où on lui apportera la preuve que l'avis de la mère a été demandé.

***805. Opposition des ascendants.** — Le droit de faire opposition appartient d'abord aux aïeuls et aïeules, ascendants du second degré, mais ils ne peuvent l'exercer qu'à défaut des père et mère (art. 173) (1). — Les ascendants d'une ligne peuvent former opposition, quoique les ascendants de l'autre ligne aient consenti au mariage ; la loi n'admet aucune prééminence d'une ligne sur l'autre.

Quand les ascendants du second degré sont morts ou hors d'état de manifester leur volonté, leur droit passe aux ascendants du 3e degré, car les collatéraux ne peuvent l'avoir qu'autant qu'il ne reste plus « aucun ascendant » (art. 174). Les bisaïeuls et bisaïeules sont compris dans la loi sous les qualifications « d'aïeuls et aïeules », qui se trouvent ainsi avoir dans le Code civil un sens plus large que celui qu'on leur donne ordinairement.

Dans chaque ménage d'ascendants, le droit de former opposition appartient-il concurremment à l'aïeul et à l'aïeule? Ou bien l'avis du mari l'emporte-t-il sur celui de sa femme, de sorte que celle-ci ne puisse pas faire opposition quand son mari consent au mariage? La loi n'a pas statué expressément sur la question, mais l'avis unanime est de maintenir en ce cas la prépondérance du sexe masculin ; la loi l'a fait pour les père et mère ; il y a même raison pour les autres ascendants.

***806. Collatéraux.** — Les collatéraux auxquels la loi accorde le droit d'opposition sont au nombre de six seulement : le *frère* et la *sœur*, l'*oncle* et la *tante*, le *cousin germain* et la *cousine germaine* (art. 174). Le Tribunal de

(1) Dans la rédaction nouvelle de l'art. 173 (L. 21 juin 1907), avant les mots *les aïeuls et aïeules*, on a omis de dire, comme le faisait le texte antérieur, *à défaut de la mère*. Il en résulte que les ascendants du second degré ont maintenant le droit de faire opposition concurremment avec la mère. C'est une réforme *involontaire*, due à une inadvertance. Une proposition de loi a été déposée pour la faire disparaître.

cassation avait proposé d'ajouter les neveux et nièces, plus proches que les cousins et cousines ; son avis ne fut pas adopté probablement à cause du respect que ces personnes doivent aux frères et sœurs de leur père ou de leur mère. — A la différence des ascendants, il n'y a point pour les collatéraux de hiérarchie établie : tous peuvent s'opposer au mariage *concurremment*.

La loi exige que les collatéraux soient *majeurs* pour faire opposition. Le mot « majeur » a été ajouté sur une observation du Tribunal de cassation. Par conséquent le droit de faire opposition n'appartient pas aux collatéraux mineurs et ne peut pas être exercé en leur nom par leurs tuteurs.

807. Tuteur ou curateur. — On s'est demandé de quel tuteur ou curateur il était ici question. La loi venant de parler des collatéraux majeurs dans l'art. 174, et l'art. 175 commençant par un renvoi aux « cas prévus par le précédent article », il serait assez naturel de penser que ce tuteur ou curateur est celui d'un collatéral mineur, au nom duquel il exerce le droit d'opposition pendant sa minorité. C'est ainsi que Malleville, un des auteurs du Code civil, comprenait cette disposition. Mais l'examen des travaux préparatoires montre qu'il s'agit du *tuteur ou curateur de l'un des futurs époux*. L'art. 175 a été ajouté à la demande du Tribunat qui trouvait convenable que les tuteurs ou curateurs pussent former opposition « au mariage de ceux dont la personne était confiée à leur surveillance » (Fenet, t. IX, p. 120).

808. Ministère public. — Le droit de faire opposition à un mariage n'a pas été conféré au ministère public par le Code civil ; cela résulte de ce seul fait que le texte ne le lui a pas accordé. La jurisprudence le lui reconnaît néanmoins (Cass., 21 mai 1856, D. 56, 1. 208, S. 57. 1. 111 ; Cass., 28 nov. 1877, D. 78. 1. 209, S. 78. 1. 337 ; Grenoble, 14 janv. 1889, D. 90. 2. 193). Elle se fonde sur une double raison : 1° le Code autorise le ministère public à demander la nullité du mariage dans certains cas ; cela implique le droit d'empêcher le mariage non encore célébré : mieux vaut prévenir que punir ; 2° l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, sur l'organisation judiciaire, charge le ministère public de poursuivre l'exécution des lois dans leurs dispositions qui intéressent l'ordre public : ceci s'applique évidemment aux empêchements de mariage. — Malgré la faiblesse des arguments sur lesquels s'appuie cette jurisprudence, on peut se résigner à sa solution, qui est aujourd'hui bien établie ; les dangers qui ont fait limiter sévèrement par les lois modernes le droit de faire opposition, ne sont guère à redouter de la part des magistrats, qui n'agiront que dans le cas où leur intervention sera manifestement utile. Comp. Flurer, dans *Dalloz*, 90. 2. 193.

***809. Personnes auxquelles le droit d'opposition est refusé.** — Le droit de former opposition est refusé à toute personne autre que celles qui en sont spécialement investies. Ainsi un fils ou un autre descendant n'a pas le droit de faire opposition au mariage que son père, sa mère ou un autre ascendant se propose de contracter. Cet acte serait contraire au devoir de respect et de soumission que les enfants doivent à leurs parents. Pour la même raison on a refusé le droit d'opposition aux neveux et nièces. Quant aux collatéraux au delà du quatrième degré et aux alliés d'un degré quelconque, on a pensé que le mariage de leur parent ou allié ne les touchait pas assez pour leur permettre de l'empêcher.

B. — Motifs des oppositions.

***810. Inégalité dans le droit de faire opposition.** — Les personnes qui possèdent le droit d'opposition ne l'ont pas toutes avec la même étendue. — Aux parents et aux ascendants la loi donne un *droit illimité* d'opposition : ils peuvent en former une sans indiquer le motif sur lequel ils la fondent et par conséquent ils peuvent *faire des oppositions sans motifs réels*. A

toutes autres personnes la loi ne donne le droit de faire opposition que *dans certains cas prévus* et déterminés par elle, et à la *charge d'indiquer dans leur opposition le motif qu'elles font valoir.*

811. Appréciation du système de la loi. — La loi accorde donc aux ascendants une faveur qu'elle refuse aux autres. La raison en est facile à fournir : elle a confiance en eux. Elle pense qu'ils ne feront pas opposition sans cause sérieuse au mariage de leur enfant. Sans doute, s'il n'existe *aucune cause légale* d'empêchement, l'opposition ne sera pas maintenue : l'enfant en obtiendra à coup sûr la mainlevée par jugement (voir ci-dessous, nº 827), par exemple, si elle est fondée sur l'impuissance (Lyon, 16 mai 1906, D. 1907. 2. 21, S. 1906. 2. 168). Mais la procédure demande du temps : c'est un retard qui permet de réfléchir. C'est une arme suprême que la loi met dans la main des ascendants, parce qu'elle suppose que, même en dehors de tout motif légal, leur résistance au mariage de leur enfant a des raisons morales solides. — Ainsi raisonne-t-on pour justifier la faveur que la loi leur fait. Reste à savoir s'il y a profit à engager une famille dans cet état de lutte ouverte, lorsque la résistance des ascendants est vaincue d'avance, et si on n'use pas l'autorité paternelle au lieu de la grandir.

812. Motif d'opposition pour le conjoint. — Pour lui, le motif est tout trouvé ; étant déjà marié avec l'un des futurs époux, il demande le respect de la foi promise. On dit quelquefois qu'en s'opposant à un nouveau mariage de son conjoint, il « défend son titre ». Cela n'est exact qu'en fait ; en droit, son titre ne sera pas compromis ; c'est le second mariage qui sera nul pour cause de bigamie.

813. Motifs d'opposition pour les collatéraux. — Pour les collatéraux, l'art. 174 indique seulement deux causes d'opposition :

1º *Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'art.* 159, *n'a pas été obtenu.* La loi suppose que l'un des futurs époux est mineur et n'a plus aucun ascendant ; son mariage doit être autorisé par son conseil de famille ; si ce consentement n'a pas été obtenu, le mariage ne peut avoir lieu. Quelle peut bien être l'utilité d'une opposition en pareil cas? En effet, l'acte de naissance du futur époux, qui doit être remis à l'officier de l'état civil, trahit sa minorité, et infailliblement on lui demandera où est le consentement dont il a besoin. Pour trouver une utilité à l'opposition des collatéraux, il faut prévoir des faits peu vraisemblables, tels que la falsification de l'acte de naissance faisant croire à la majorité du futur époux ou une négligence grossière de la part de l'officier municipal.

2º « *Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux.* » Sous le nom de « démence », il faut entendre les différents états d'aliénation mentale, que l'art. 489 qualifie *imbécillité, démence* ou *fureur*, et qui justifient l'interdiction. L'opposant est tenu de faire statuer sur la folie du futur dans un délai qui est fixé par le tribunal (art. 174).

814. Motifs d'opposition pour le tuteur ou curateur. — Pour le tuteur ou curateur, les causes d'opposition sont les mêmes que pour les collatéraux : défaut de consentement du conseil de famille ; état de démence du futur époux. C'est ce qui résulte du renvoi de l'art. 175 : « Dans les deux cas prévus par le précédent article... » Il est tout simple de comprendre une opposition venant du tuteur ou du curateur, quand le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu. Mais le second cas est beaucoup plus difficile à s'expliquer. En effet, l'opposition du tuteur ou du curateur doit être autorisée par le conseil de famille. Se figure-t-on dès lors un conseil de famille accordant d'une part au mineur l'autorisation de se marier, et d'autre part à son tuteur l'autorisation de s'opposer au mariage? On l'a dit :

ce n'est pas le pupille qui mériterait alors d'être interdit, mais bien les membres de son conseil. On a fait d'inutiles efforts pour trouver une espèce raisonnable, expliquant cette double décision contradictoire d'un même conseil de famille. Par exemple, la folie du mineur peut se déclarer après qu'il a obtenu l'autorisation de se marier ; mais alors le conseil a un moyen plus direct d'empêcher son mariage que d'autoriser le tuteur à faire opposition : c'est de révoquer le consentement qu'il a donné.

*815. **Motifs d'opposition du ministère public.** — L'étendue de son droit dépend de l'argument qu'on emploie pour en démontrer l'existence. Si on se fonde sur la faculté qu'il a d'agir en nullité, il ne pourra motiver son opposition que sur la violation des dispositions des art. 144 (impuberté de l'un des futurs époux), 147 (bigamie), et 161-163 (parenté ou alliance au degré prohibé). Pour toute autre cause d'empêchement, il sera désarmé (art. 190 et 184 cbnés). Si on se fonde, au contraire, sur la loi de 1810, art. 46, son droit sera général : un empêchement quelconque lui permettra de faire opposition, parce que tous les empêchements au mariage sont d'ordre public.

C. — Forme des oppositions.

816. **Exploit d'huissier.** — L'opposition se forme *par ministère d'huissier*. C'est un acte extrajudiciaire, soumis aux formes ordinaires des *exploits*, sauf quelques règles particulières établies par les art. 66 et 176.

L'acte d'opposition doit indiquer : 1° la *qualité de l'opposant* ; 2° les *motifs de l'opposition*, à moins qu'elle ne soit formée par un ascendant. De la sorte, l'officier de l'état civil pourra voir, à la seule lecture de l'acte, si l'opposition est faite par une personne ayant qualité pour la faire et si elle est fondée sur un motif légal.

817. **Signature.** — La loi veut en outre que l'opposant ou son fondé de pouvoirs signe l'opposition sur l'original et sur la copie (art. 66) : cette signature est insolite, les actes des huissiers ne sont pas signés par leurs clients. Par cette exigence la loi a voulu décourager les opposants qui se présenteraient sous un nom d'emprunt : en les forçant à donner leur signature, on les oblige à faire un faux. La peine qui les menace s'ils signent d'un faux nom est celle des travaux forcés à temps (art. 147 C. pén.) ; elle est assez sévère pour les arrêter.

818. **Élection de domicile.** — L'opposant doit faire élection de domicile *dans la commune où le mariage doit être célébré* (art. 176). La loi a voulu éviter à l'époux dont le mariage se trouve empêché l'obligation d'aller plaider au loin pour obtenir mainlevée de l'opposition. Il n'y a pas de difficultés quand le mariage ne peut avoir lieu que dans une seule commune ; mais souvent il est possible dans plusieurs. Comment l'opposant connaîtra-t-il la commune où il aura lieu? La loi n'oblige pas les futurs époux à annoncer dans les publications dans quel endroit ils comptent se marier, et le plus souvent cette indication n'est pas donnée. Mais il résulte implicitement de l'art. 69 que l'opposition est possible dans l'une quelconque des communes où le mariage peut avoir lieu, puisque l'on doit produire un certificat de chaque officier de l'état civil constatant qu'il n'a reçu aucune opposition. Cependant certains auteurs pensent que l'opposition doit être faite dans la commune où se trouve le domicile de l'époux du chef duquel existe l'empêchement. Cela serait conforme à l'esprit de la loi, mais en l'absence d'un texte qui l'impose, cette solution n'a rien d'obligatoire.

819. **Sanction.** — Ces diverses prescriptions sont sanctionnées par des peines sévères ; c'est d'abord la *nullité de l'opposition irrégulière* ; le tribunal devrait en donner mainlevée pure et simple, et même l'officier de l'état civil ne serait pas tenu de s'y arrêter. S'il passait outre, on ne pourrait pas prononcer contre lui la peine de 300 francs d'amende établie par l'art. 68 C. civ. — Ce serait ensuite l'*interdiction de l'huissier* qui aurait signé l'acte. L'huissier, étant ainsi intéressé personnellement à la régularité de l'opposition, aurait le droit de refuser son ministère, si l'opposant n'était pas une des personnes énumérées par la loi, ou si un collatéral ne lui indiquait pas un des motifs déterminés par l'art. 174. Cela n'autorise pas l'huissier à se faire juge de l'exactitude des faits allégués par l'opposant ou de la qualité prise par lui : il n'est responsable que de la régularité de forme de l'acte qu'il dresse.

820. Signification de l'acte. — L'opposition doit être « signifiée », c'est-à-dire que l'huissier doit en *donner copie* : 1° aux parties ; 2° à l'officier de l'état civil.

Aux parties, c'est-à-dire aux deux époux. La loi exige donc, sans grande nécessité, qu'on la signifie même à celui contre lequel elle n'est pas dirigée.

A l'officier de l'état civil. — Il peut y en avoir plusieurs compétents pour le mariage. Si l'on connaît d'avance celui qui devra le célébrer, on devra s'adresser à lui. Au cas contraire, on aura le choix, car il est inutile de faire cette signification aux officiers de l'état civil de toutes les communes où la célébration du mariage est possible. Chacun d'eux doit en effet transmettre à celui qui célébrera le mariage, un certificat constatant qu'il n'a pas reçu d'opposition (art. 69). Si ce certificat est déjà délivré, on connaît celui qui célébrera le mariage.

Ces significations se font, comme en droit commun, *à personne ou à domicile.*

821. Visa et enregistrement. — L'officier de l'état civil, qui reçoit une opposition, doit mettre son visa sur l'original que conserve l'huissier (art. 66). On prévient ainsi un conflit d'affirmations contraires pour le cas où l'officier de l'état civil, ayant égaré ou oublié l'opposition, prétendrait ne l'avoir pas reçue, tandis que l'huissier affirmerait la lui avoir signifiée. C'est du reste l'application d'une règle générale applicable à tout officier public qui reçoit en cette qualité une signification (art. 69 C. proc. civ.). Il doit en outre, sans délai, mentionner l'opposition qu'il a reçue sur le registre des publications de mariage (art. 67).

822. Sanction du défaut de signification. — L'opposition qui ne serait pas signifiée à l'officier de l'état civil reste sans effet : légalement, il l'ignore.

Celle qui ne serait pas signifiée aux parties arrêterait bien l'officier de l'état civil, mais le tribunal devrait en donner mainlevée pure et simple, par application d'une règle de procédure : tout acte qui n'a pas été régulièrement signifié est non avenu, « *Idem est non esse et non significari.* »

D. — Effet des oppositions.

***823. Effet d'une opposition régulière.** — L'officier de l'état civil qui a reçu une opposition doit refuser de célébrer le mariage tant qu'on ne lui en a pas remis la *mainlevée* (art. 68). S'il n'en tient pas compte et procède à la célébration, il encourt une amende de 300 francs, et peut être en outre condamné à des dommages et intérêts (même art.). On exprime ce résultat en disant que l'*opposition crée*, par elle-même et abstraction faite de ses motifs, *un empêchement au mariage.* En effet, de deux choses l'une : si l'opposition vient d'un ascendant, le motif n'est pas indiqué ; elle peut donc être faite même sans motifs. Si l'opposition vient de toute autre personne, le motif est nécessairement indiqué, mais l'officier de l'état civil n'est pas juge de sa réalité : ce motif peut être faux ; c'est le tribunal qui jugera. Il en est ainsi alors même que l'officier connaîtrait personnellement le futur époux et aurait la certitude que l'empêchement allégué n'existe pas.

****824. Effet d'une opposition irrégulière.** — Ici se pose la grave question de savoir si un officier de l'état civil peut passer outre, quand l'opposition qu'il a reçue est irrégulière en la forme, ou émane d'une personne sans qualité, ou est fondée sur une cause non prévue par la loi. Rien dans le texte ne laisse entrevoir la solution de cette difficulté, si ce n'est la nullité que l'art. 176 prononce contre l'opposition irrégulière, ce qui semble bien

la destituer de tout effet. La loi de 1792 avait sur ce point une disposition formelle : « Toutes oppositions formées hors les cas, les formes et par « toutes personnes autres que celles ci-dessus désignées seront regardées « comme non avenues, *et l'officier public pourra passer outre à la célébration* « *du mariage* » (Tit. IV, sect. III, art. 9). Telle est encore la pensée du Code : tout le système des oppositions est soumis à une réglementation minutieuse, éminemment restrictive ; mais ces précautions n'auraient pas de raison d'être, si l'officier de l'état civil devait s'arrêter devant une opposition non conforme à la loi, car celle-ci produirait le même effet que si elle était régulière : elle retarderait le mariage, et c'est justement ce que la loi a voulu éviter. L'officier de l'état civil a donc le droit de méconnaître une opposition dont l'irrégularité est évidente, et il n'est pas passible des peines portées par l'art. 68 pour avoir passé outre. Mais en fait les officiers municipaux tiennent compte de toute opposition, si informe qu'elle soit, quand la cause leur en paraît vraisemblable (ci-dessus, n° 801).

E. — Mainlevée de l'opposition.

***825. Deux espèces de mainlevées.** — La *mainlevée* est le retrait de l'opposition. Elle peut se faire : 1° *par la volonté de l'opposant* ; 2° *par jugement.*

***826. Mainlevée volontaire.** — La mainlevée volontaire n'a *pas de formes déterminées* par la loi. L'opposant peut se désister de vive voix devant l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage, s'il y assiste. Sinon, on admet qu'il faut un acte notarié, parce que l'art. 67 parle des *expéditions* des *actes de mainlevée.*

827. Mainlevée judiciaire. — A défaut de désistement volontaire de la part de l'opposant, le futur époux contre lequel l'opposition a été formée peut en demander la mainlevée à la justice, et il a été jugé que son futur conjoint a également le droit d'agir en mainlevée (Trib. Seine, 15 avril 1897, D. 98. 2. 419). Le tribunal apprécie si l'opposition est bien fondée, et, s'il estime que non, il ordonne qu'il sera passé outre à la célébration du mariage ; la mainlevée résulte alors d'un jugement.

L'opposition ne peut être maintenue par le tribunal que s'il existe un empêchement réel, dont la preuve doit être fournie par l'opposant. Cette règle s'applique même aux oppositions formées par un père ou autre ascendant ; on ne lui demande pas de faire connaître, dès le moment où il fait opposition, le motif pour lequel il s'oppose au mariage ; mais quand la mainlevée est demandée, il doit justifier de l'existence d'un empêchement légal ; faute par lui d'apporter cette preuve, la mainlevée sera prononcée et son opposition n'aura servi qu'à retarder le mariage de quelques jours. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis un arrêt de Cassation du 7 novembre 1814. Les ascendants allèguent fréquemment l'état de démence de leur enfant ; ils doivent en ce cas se conformer à la règle commune et le faire interdire ; sinon l'opposition doit être levée (Cass., 30 juin 1879, D. 80. 1. 135, S. 79. 1. 416).

828. Compétence et procédure. — La demande en mainlevée est portée, au gré du demandeur, soit devant le tribunal du domicile élu par l'opposant, soit devant celui de son domicile réel.

Comme l'affaire requiert célérité, elle est dispensée du préliminaire de conciliation (art. 49 C. proc. civ., al. 2), et même elle n'attend pas son tour au rôle d'audience : le tribunal doit prononcer *dans les dix jours* sur la demande en mainlevée (art. 177) ; s'il y a appel, la Cour doit également statuer dans les dix jours. La loi a entendu imposer aux magistrats l'obligation de statuer *définitivement* dans ce délai sur le mérite de l'opposition, mais il peut

y avoir impossibilité matérielle, par exemple en cas de démence, et on se borne à rendre un premier jugement *préparatoire*. Comp. Cass., 26 juin 1911, D. 1912. 1. 149.

L'opposant avait naguère un moyen de traîner l'affaire en longueur en faisant défaut. Pour mettre un terme à cette manœuvre, la loi du 20 juin 1896 (art. 179, al. 2) a décidé que les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne seraient plus susceptibles d'opposition.

829. Effet des voies de recours. — Le demandeur en mainlevée a pu obtenir gain de cause une première fois et succomber définitivement grâce à l'exercice d'une voie de recours. On demande quel serait le sort du mariage célébré dans l'intervalle entre les décisions judiciaires. Il faut distinguer :

1° La mainlevée a été donnée *par le tribunal de première instance*. Si le jugement est frappé d'appel, le mariage ne peut pas être célébré parce que l'appel est *suspensif* : c'est comme si le jugement n'était pas encore prononcé ;

2° Le jugement de mainlevée a été confirmé *par la Cour d'appel*. Il peut y avoir *pourvoi en cassation*. Cette voie de recours, à la différence de l'appel, n'est pas suspensive. Le mariage pourra donc être célébré en exécution de l'arrêt et avant que l'affaire n'ait reçu sa solution finale. Qu'adviendrait-il si l'arrêt de mainlevée était cassé et si la Cour de renvoi maintenait définitivement l'opposition? Le mariage devrait-il être considéré comme nul? La question est controversée. L'opinion soutenue par Marcadé et adoptée par Aubry et Rau (§ 457, p. 40, note 10), d'après laquelle le mariage serait nécessairement nul, est inadmissible. La cassation de l'arrêt qui avait prononcé la mainlevée de l'opposition a simplement pour effet de maintenir cette opposition ; il se trouve donc que le mariage a été célébré au mépris d'une opposition existante et régulière, mais un mariage n'est pas nul par cela seul ; il faut qu'il existe une cause de nullité (Laurent, t. II, n° 405 ; Huc, t. II, n° 122).

830. Effet de la mainlevée. — Si l'opposition a été annulée pour un vice de forme, on admet en général qu'elle peut être renouvelée. Si elle a été rejetée parce que son auteur n'avait pas qualité pour la faire, le même opposant n'en peut pas former une autre ; il y a chose jugée contre lui. Enfin si elle a été jugée mal fondée, il est bien certain que le même opposant ne peut pas la renouveler pour le même motif. Mais peut-il former une opposition nouvelle fondée sur une autre cause? La question est discutée en doctrine (Demolombe, t. III, n° 176 ; Aubry et Rau, § 457, p. 42, note 15). Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. Il semble bien que le jugement doive avoir effet une fois pour toutes, et que les divers empêchements soient simplement des moyens de justifier l'opposition.

831. Dommages-intérêts en cas de mainlevée. — Quand la justice donne mainlevée d'une opposition, l'opposant *peut* être condamné à des dommages et intérêts, si l'on estime qu'il a commis une faute lourde, ou qu'il a agi dans une intention vexatoire (art. 179). Par exception les *ascendants* ne s'exposent jamais à une condamnation de ce genre : la puissance paternelle leur confère un pouvoir discrétionnaire, et leur opposition, même sans motif, n'est jamais coupable (même art.).

832. Dépens. — La loi n'ayant rien dit des dépens, on doit appliquer le droit commun : le perdant les supportera (art. 130 C. proc. civ.). Toutefois en cas d'opposition faite par un ascendant, les juges auront la faculté de prononcer la *compensation des dépens* (art. 131 C. proc. civ.).

§ 3. — *Pièces à remettre à l'officier de l'état civil.*

833. Énumération. — Avant la célébration du mariage, chaque époux doit remettre à l'officier de l'état civil les pièces qui constatent sa capacité personnelle, les divers consentements et autorisations dont il a besoin et l'accomplissement régulier de toutes les formalités préalables au mariage. C'est-à-dire :

1° Son *acte de naissance*. S'il est dans l'impossibilité de se le procurer, il peut y suppléer par *un acte de notoriété* délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de

son domicile (art. 70). C'est une décision de faveur spéciale au mariage, et l'acte de naissance ne peut être remplacé par ce moyen en aucun autre cas ;

2° Les *actes constatant le consentement* de ses parents ou de son conseil de famille, lorsqu'ils n'assistent pas à la cérémonie du mariage ;

3° La *notification* prescrite par l'art. 151 modifié en 1907 ;

4° Les *actes de décès* des ascendants. Toutefois, un avis du Conseil d'État du 24 thermidor an XIII (23 juillet 1805) autorise à s'en passer sur la simple *attestation* des aïeuls et aïeules, s'il en existe, et à leur défaut sur une *déclaration à serment* des époux *majeurs* et de leurs témoins. — Au lieu d'un acte de décès, il peut y avoir lieu à la production de l'*expédition* d'un jugement d'*interdiction* ou de *déclaration d'absence*, laquelle peut être remplacée de la même manière que l'acte de décès (Avis du Conseil d'État précité). — Depuis 1896 on peut aussi avoir à produire l'expédition de l'arrêt qui a condamné l'ascendant à la relégation ou à la transportation ;

5° L'*autorisation de mariage* donnée par l'autorité supérieure, lorsque le futur époux est militaire, marin ou assimilé ;

6° L'acte ou décret accordant, s'il y a lieu, les *dispenses* à raison de l'âge ou de la parenté ou de l'alliance, ou la dispense de la seconde publication ;

7° L'*acte de décès* du premier conjoint, si l'un des époux a déjà été marié ;

8° Les *certificats de publication*, si on en fait dans d'autres communes ;

9° Les *certificats de non-opposition* délivrés par les officiers de l'état civil des autres communes ;

10° La *mainlevée* des oppositions qui ont pu être formées ;

11° Le *certificat délivré par le notaire* conformément à l'alinéa final de l'art. 1394, s'il a été fait un contrat de mariage (L. 10 juillet 1850) ;

12° Le *certificat du médecin*, si le mariage a lieu hors de la mairie pour cause de maladie ;

13° Le certificat délivré à la mairie aux étrangers par les autorités de leur pays conformément à la circulaire ministérielle du 3 mars 1831.

834. Inconvénients de ces précautions. — Les exigences paperassières des bureaux rebutent beaucoup de pauvres gens, qui reculent devant tant de formalités et ne se marient pas. Trop de certificats, trop de démarches, trop de correspondances, trop de frais. « Grâce aux auteurs du Code civil, écrit M. d'Haussonville, le mariage est devenu un luxe. » Le mal a été signalé dès 1826 ; une loi des 10-18 décembre 1850 a chargé l'officier de l'état civil de rechercher les actes nécessaires aux *indigents* et les *a dispensés des droits* ; la Société de Saint-François Régis, fondée à Paris en 1826, s'occupe activement de faciliter ces mariages (1). Mais les résultats obtenus sont insuffisants. On a essayé depuis lors de créer une nouvelle agitation et de déterminer un courant d'opinion pour forcer la main au législateur (2). On a demandé de restreindre les publications, de ramener dans les limites raisonnables la nécessité d'obtenir le consentement des ascendants, de supprimer les actes respectueux, et de délivrer tous les actes sans frais. Les mariages clandestins ne sont plus un danger ; le péril est la multiplication des faux ménages. Les lois du 20 juin 1896, du 21 juin 1907 et du 10 mars 1913 ont donné satisfaction, dans une large mesure, à ces réclamations.

CHAPITRE VII

CÉLÉBRATION DU MARIAGE

835. Bibliographie. — L. Beauchet, *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, Paris, 1883 (tirage à part d'articles parus

(1) Sur l'utilité des sociétés qui poussent les pauvres au mariage, voyez d'intéressants renseignements statistiques et bibliographiques dans la thèse de M. Frank Bernard, sur *Le consentement des ascendants au mariage*, Paris, 1889, p. 326 et suiv. A Paris, en 1898, 2 861 mariages ont été réalisés et 1 390 enfants ont été légitimés.

(2) Voyez G. Michel, *Le mariage des indigents* (*Économiste français*, 5 avril 1890).

dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, en 1822). — L. Desforges, *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1887. — René Lemaire, *Étude historique et critique sur le mariage civil*, thèse, Paris, 1901. — Paul Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 360 et suiv. ; 2e édit., p. 424 et suiv. — A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 1891, 2 vol. — Bonifas, *Le mariage des protestants depuis la Réforme jusqu'à 1789*, thèse, Paris, 1901. — Roger Wanhems, *Le mariage civil*, thèse, Paris, 1904.

§ 1. — *Histoire des formes du mariage.*

A. — Le mariage consensuel de l'antiquité et du moyen âge.

836. Époque romaine. — Dans la haute antiquité romaine le mariage avait été un acte solennel ; il avait eu ses formes particulières ; l'une était une cérémonie religieuse, la *confarreatio*, l'autre était purement civile, la *coemptio*. Mais ces solennités, qui avaient été certainement à l'origine les formes du mariage lui-même, ne servirent plus dans la suite qu'à acquérir la puissance spéciale appelée « manus », et le mariage pouvait se former sans elles. A l'époque où le christianisme triompha, le mariage n'exige aucune solennité extérieure accompagnant et manifestant le consentement. Il y a ordinairement une cérémonie nuptiale, des réjouissances (*nuptiarum festivitas*), une promenade en public avec flûtes et chants (*deductio puellæ in domum mariti*), des sacrifices, des prières. Mais ces formes extérieures dépendent des goûts et des usages, et ne sont point nécessaires à la validité du mariage ; un mariage accompli sans elles et en secret est tout aussi bon.

***837. Moyen âge.** — Le mariage, devenu *contrat consensuel*, en resta là pendant de longs siècles. Quand le christianisme se répandit, les rites du culte nouveau remplacèrent les anciennes cérémonies païennes. Les chrétiens prirent de bonne heure l'habitude de faire bénir leur union par un prêtre. Mais, pas plus que les formes païennes, cette intervention du prêtre ne servait à la conclusion du mariage, qui résultait toujours de la volonté des époux.

***838. Inconvénients.** — Un pareil système produisait dans la pratique des effets désastreux. L'existence du mariage pouvait à tout instant être mise en doute. Quand l'un des conjoints voulait le nier, l'autre se trouvait le plus souvent dans l'impossibilité d'en apporter la preuve. Dans le monde romain on avait l'habitude de rédiger et de signer un écrit, *instrumentum*, *tabulæ*, qui assurait une preuve facile. Cet usage se perdit, comme tant d'autres, après l'invasion barbare, ou du moins il se fit de plus en plus rare. A défaut d'écrits, il ne restait plus que la preuve *par témoins*, toujours suspecte, et qui manquait souvent, ou la *possession d'état*. Ce dernier moyen était le plus efficace et le plus sûr. Il préservait tous ceux qui avaient vécu au grand jour comme mari et femme des attaques dont leur état pouvait être l'objet. De là le dicton, recueilli plus tard par Loysel, justement à l'époque où il cessait d'être vrai : « Boire, manger, coucher ensemble || Est mariage ce me semble » (*Instit. coutumières*, liv. I, tit. II, n° 6).

B. — Rétablissement de la solennité du mariage par l'Église catholique.

839. Origine du mouvement. — De fort bonne heure l'Église, qui avait érigé le mariage en sacrement et proscrit le divorce, chercha à faire respecter le lien conjugal, en entourant sa formation de solennité et de publicité. Dès 524 le concile d'Arles exigeait une dot et des noces publiques. La célébration de la messe et la bénédiction du prêtre étaient toutes désignées pour servir de formes au mariage. A partir du IXe siècle, les canons des conciles qui exigent la célébration publique du mariage deviennent fréquents. Le plus important est le canon 51 du quatrième concile œcuménique de Latran, réuni en 1215 sous Innocent III. A partir de ce moment on remarque en France un mouvement de plus en plus vif en faveur de la publicité du mariage, notamment en 1449 dans un concile national assemblé à Lyon.

***840. Concile de Trente.** — Ce concile fut saisi de la question, dans sa vingt-quatrième session, le 24 juillet 1563, par une requête qui lui fut adressée par deux ambassadeurs laïques du roi de France, Arnaud du Ferrier et Dufaur de Pibrac. Après de longs débats, le concile adopta, le 11 novembre, un décret par lequel le mariage était *nul* s'il n'avait pas lieu en l'Église en présence du propre curé des époux : *in facie Ecclesiæ, proprio præsente parocho.* Voyez Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 154 et suiv.

841. Sa publication en France. — Le Pape Pie IV ouvrit aussitôt des négociations avec les États catholiques pour obtenir la publication officielle des décrets du concile. Il ne put jamais y décider le roi de France. L'autorité civile cherchait alors à se ressaisir de la juridiction du mariage qui depuis le milieu du moyen âge était tombée dans la compétence exclusive des tribunaux ecclésiastiques, les *Officialités.* La publication du concile de Trente en France fut purement ecclésiastique, et elle eut lieu timidement dans divers conciles provinciaux de 1564 à 1609, jusqu'au jour où l'Assemblée du clergé le publia malgré l'opposition du Parlement (7 juillet 1615).

842. Ordonnance de Blois. — Le roi, de son côté, introduisit la règle nouvelle dans son royaume par voie d'ordonnance. L'art. 40 de l'ordonnance de *Blois*, du mois de mai 1579, porte que le mariage doit être célébré devant « le curé parochial », après publications de bans et en présence de quatre témoins dignes de foi pour le moins, le tout « sous les peines portées par les saints conciles ». Les mariages non solennels étaient donc déclarés nuls par l'Église, qui seule en avait le droit, et son décret avait force de loi en France puisque le roi l'avait approuvé par une ordonnance. Les tribunaux laïques, les Parlements ne pouvaient pas encore, à cette époque, prendre directement connaissance des affaires relatives à la validité des mariages, mais les décisions des officialités leur étaient déférées au moyen de l'*appel comme d'abus.* C'est par cette voie que la nullité s'introduisit dans la jurisprudence civile.

843. Les mariages à la Gaulmine et la jurisprudence. — Les mariages non solennels, qu'on appelait à cette époque mariages *clandestins* (voir l'observation sur le double sens de ce mot, ci-dessus, n° 746), ne disparurent pourtant qu'à la longue. Sans entrer dans le détail, rappelons seulement l'épisode le plus connu de la lutte contre les décisions du concile de Trente et de l'ordonnance de Blois. Un certain *Gilbert Gaulmin*, homme d'esprit très connu de son temps, ancien intendant du Nivernais et doyen des maîtres des requêtes, voulut se marier sur le tard — il avait plus de soixante ans — mais son curé, pour une raison que l'on ignore, refusa de bénir son mariage. Que fit Gaulmin? Il amena deux notaires à l'église paroissiale, avec sa fiancée et plusieurs témoins, fit constater le refus que le curé opposait à ses sommations, déclara qu'il se mariait *en face de l'Église* et se fit donner acte du tout. Tel était le *mariage à la Gaulmine* qui devint à la mode à partir de 1640 et sur la validité duquel on a beaucoup discuté. Il est certain que le concile de Trente exigeait seulement que le mariage fût contracté publiquement en présence de témoins et devant le curé, *proprio præsente parocho.* La bénédiction nuptiale n'était pas imposée pour la validité du mariage et c'était là ce qui faisait le mérite de l'invention de Gaulmin.

Le dernier édit, qui mit fin à ces irrégularités, est de 1697. Il renouvelle et précise les règles posées par l'ordonnance de Blois. Dès 1692, le Parlement de Paris, sur les conclusions de Lamoignon, avait admis que la bénédiction du mariage était essentiellement nécessaire à sa validité. En résumé, c'est seulement à la fin du XVIIe siècle que le mariage est redevenu un acte *solennel* comme il l'était au temps de la république romaine.

844. Les mariages de Gretna Green. — Le système antérieur au concile de Trente s'est conservé en Écosse et aux États-Unis où le mariage est resté indépendant de toute forme et purement consensuel. Les Anglais, soumis depuis 1757 à une règle analogue à celle de la France, ont longtemps profité du voisinage de l'Écosse pour y contracter de faciles mariages ; le maréchal ferrant de Gretna Green, village écossais près de la frontière, et son registre de mariages, sont devenus célèbres. Ces mariages n'étaient point une bizarrerie du droit écossais ; c'était, sur un point particulier, la persistance d'un état de choses qui, avant le concile de Trente, existait dans tout l'Occident.

C. — Mariage des protestants.

845. Effets de la révocation de l'édit de Nantes. — Quand la Réforme se développa en France, les protestants prirent l'habitude de se marier devant leurs pasteurs. A partir de l'édit de Nantes (1598), ces mariages furent considérés comme valables, à l'égal des mariages catholiques. Mais, quand Louis XIV eut révoqué l'édit de Henri IV et que l'exercice de la religion « prétendue réformée » fut prohibé, les temples fermés, les pasteurs chassés, il n'y eut plus pour les protestants de forme légale du mariage, et cette situation se prolongea pendant plus d'un siècle. Ils en étaient réduits à se marier *au Désert*, c'est-à-dire en secret, dans les bois ou dans les montagnes, et pendant la nuit, le plus souvent. Longtemps les Parlements reculèrent devant les conséquences logiques d'un pareil système qui étaient pour ces mariages célébrés clandestinement la nullité, pour les époux l'état de concubinage et pour leurs enfants la bâtardise et l'incapacité de succéder à leurs parents. On vit par exemple, en 1717, le Conseil du Roi refuser à un traitant la succession d'un protestant qu'il prétendait tombée en déshérence parce que sa fille n'était pas née d'un mariage légitime. Jusqu'en 1739 on ne cite pas un seul exemple d'un mariage de protestants cassé. Et ceci était d'autant plus remarquable que de temps à autre les Parlements annulaient pour clandestinité des mariages de catholiques.

Le Présidial de Nîmes osa le premier, dans ses assises du Vivarais, en 1739, casser un mariage protestant, et ordonna la séparation des époux ; les Parlements se mirent alors à appliquer aux réformés cette dernière rigueur, la pire de toutes, qu'on leur avait jusqu'alors épargnée. Plus d'un million de Français se trouvaient ainsi flétris ; et ce n'était pas seulement par les voies civiles qu'on agissait contre eux : les Parlements de Bordeaux, de Toulouse et de Grenoble condamnaient les hommes aux galères, les femmes à être rasées et enfermées, et confisquaient les dots au profit des hôpitaux (1).

846. Édit de 1787. — Il serait trop long d'exposer ici les discussions passionnées que provoqua cette jurisprudence rigoureuse ; les traités, pamphlets et brochures de toutes sortes qui furent publiés sont innombrables (Desforges, thèse, p. 226-228). Le mouvement des esprits en faveur de la tolérance prit un immense développement dans la seconde moitié du XVIIIe siècle. Turgot, Voltaire, Rousseau soulevèrent l'opinion publique. De toutes parts on réclama l'institution d'une nouvelle forme de mariage pour les protestants. Ce fut l'objet de l'édit de 1787 déjà signalé à propos des actes de l'état civil, qui offrait aux *non catholiques* le choix entre une *double forme* de mariage : ils pouvaient faire leur *déclaration de mariage* soit devant le premier officier de la justice des lieux, seigneuriale ou royale, soit devant le curé ou vicaire de leur domicile, mais alors en la *maison* dudit curé ou vicaire et non pas à l'église. « Cet édit, dit Rabaud-Saint-Étienne, répandit la joie et la conso« lation dans les familles des réformés et on les vit accourir en foule chez les juges royaux « pour faire enregistrer leurs mariages. »

D. — Le mariage civil.

***847. Son institution pendant la Révolution.** — En 1790 l'Assemblée constituante reçut une pétition du comédien Talma déjà célèbre, qui se plaignait du curé de Saint-Sulpice, qui avait refusé de le marier. La question de savoir jusqu'où allait le pouvoir de l'autorité ecclésiastique sur les mariages se trouvait ainsi soulevée. Elle ne tarda pas à recevoir une solu-

(1) Baron de Breteuil, *Mémoires*, présentés au Roi en 1787, *passim*. — Anquez, *État civil des Réformés*, Paris, 1868, chap. II. — Malesherbes, *Mémoires sur le mariage des protestants*, 1785 et 1788. — Rulhières, *Éclaircissements sur les causes de la révocation de l'Édit de Nantes...*, Paris, 1788, 2 vol. — E. Stocquart, *Le mariage des protestants*, Bruxelles, 1903. — J. Faurey, *Le droit ecclésiastique matrimonial des calvinistes français*, Paris, 1919.

tion. La Constitution de 1791 formula le principe moderne : « *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil* » (titre II, art. 7). Toutefois ce fut seulement la loi des 20-25 septembre 1792 qui mit en œuvre ce principe en créant les *officiers de l'état civil*. Dans l'intervalle un certain nombre de mariages avaient été reçus par des notaires.

848. Ses avantages et ses inconvénients. — Le mariage civil a de si grands avantages qu'on peut le croire établi pour toujours : la simplicité et l'unité du procédé de publicité et de célébration, qui est le même pour tous, la neutralité de l'État, la facilité et la sûreté de la preuve. Il a cependant quelques inconvénients. On a vu des maris, après le mariage civil, refuser de se rendre à l'église pour y recevoir la bénédiction du prêtre. La loi ne tenant compte que de l'acte civil, les deux époux sont valablement mariés et la femme n'a aucun moyen de contraindre son mari à exécuter sa promesse. Bien des remèdes ont été proposés ; ils sont tous insuffisants. Actuellement, la seule issue possible est le divorce ; on doit considérer comme une injure grave pour la femme un manque de parole sur un point aussi capital, et une femme catholique ne peut pas hésiter à demander le divorce en pareil cas, puisque le mariage religieux, seul indissoluble aux yeux de l'Église, n'est pas encore célébré.

Le mariage civil a un autre inconvénient, qui est plutôt dans les faits que dans la loi. Dès l'an V, La Réveillère-Lépaux, dans un mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, décrivait en termes amers « la salle sans propreté et sans décoration » de la commune de Paris, où il avait vu célébrer un mariage, « sur des bancs de taverne, par un officier en chétive redingote ». Point de chants, point de discours, point d'emblèmes, une formule en quatre mots, quelques signatures et voilà le mariage terminé. Le tableau a souvent été fait par comparaison avec la cérémonie de l'église, la beauté du cadre, les fleurs, les orgues, la marche du cortège en grande pompe, le recueillement des époux et des deux familles. Il faut ajouter, pour être juste, que les municipalités des villes ont fait beaucoup pour donner à la célébration des mariages plus de dignité et qu'il ne tient qu'aux parties d'y apporter une meilleure tenue.

§ 2. — *Droit actuel.*

A. — Caractères généraux du mariage civil.

***849. Caractère solennel du contrat.** — Le mariage est un contrat *solennel*, c'est-à-dire que la volonté des parties ne suffit pas : il faut l'emploi d'une forme spéciale organisée par la loi. La forme consiste dans la *présence personnelle des deux époux* et dans la *célébration* du mariage par un *officier de l'état civil*, représentant de la loi et de l'État, qui intervient pour donner au mariage un caractère public. Tout mariage contracté sans forme, ou célébré par un notaire ou tout autre agent, est nul et non avenu aux yeux de la loi. Le mariage religieux n'a aucune valeur. La loi ne s'en occupe pas, si ce n'est pour interdire aux ministres des différents cultes d'y procéder avant la célébration du mariage civil (n° 850).

La loi civile ne tient pas compte, comme le faisait le droit canonique, de la consommation du mariage. La nécessité de la présence réelle des deux époux au moment de la célébration supprime même la condition qu'exigeait le droit romain, que la femme fût mise à la disposition du mari (Paul, *Sententiæ*, II, 19, 8) ou plutôt elle rend cette condition réciproque et la suppose d'avance réalisée.

****850. Antériorité nécessaire du mariage civil.** — En 1801, lorsque le Concordat fut signé, les catholiques étaient privés depuis près de dix ans du mariage religieux. Dès la réouverture des églises, une foule de personnes vinrent demander la réhabilitation des mariages civilement contractés dans l'intervalle. On devait donc craindre que la population ne se pliât pas sans résistance à la forme civile du mariage, maintenant qu'elle avait le choix. Si les catholiques allaient comme autrefois demander à leur curé la bénédiction nuptiale, s'ils délaissaient la mairie pour l'église, la conséquence était claire : tous ceux qui se seraient contentés du mariage religieux se seraient trouvés privés d'un état civil régulier, et non mariés aux yeux de la loi. La loi du 18 germinal an X (8 avril 1802), contenant les dispositions organiques du Concordat, défendit aux curés de donner la bénédiction nuptiale aux personnes qui ne justifieraient pas de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil (art. 54). A cette mesure de police il fallait une sanction pénale ; elle se fit attendre jusqu'en 1810. Les art. 199 et 200 du Code pénal prononcent contre les ministres du culte l'*amende* pour la première contravention, la *prison* pour la seconde, la *déportation* pour la troisième.

La séparation des Églises et de l'État (L. 9 décembre 1905) a entraîné l'abrogation de la loi du 18 germinal an X, qui donnait force et vigueur aux articles organiques, de sorte que désormais les différents clergés devraient être libres de procéder au mariage religieux avant la célébration du mariage civil ; mais les art. 199 et 200 C. pén. ne sont pas abrogés, et les ministres du culte qui célèbrent le mariage religieux avant le mariage civil s'en voient encore faire l'application (Cass. crim., 9 nov. 1906, D. 1907. 1. 161, S. 1907. 1. 153 ; Montpellier, 31 oct. 1907, P. et S. 1908. 2. 99).

B. — Du lieu où doit se faire le mariage.

***851. Nécessité de se marier dans une commune déterminée.** — Le mariage ne peut pas être contracté n'importe où ; le droit de se marier est un de ceux dont l'exercice est *localisé*. La loi veut que les gens se marient *dans la commune qu'ils habitent*, parce qu'ils y sont plus connus qu'ailleurs, et c'est là surtout qu'on a des chances de voir apparaître des oppositions, s'il existe quelque empêchement.

Cette règle de la loi moderne est la reproduction du principe fondamental proclamé par le concile de Trente : quand on a exigé l'intervention du curé, ce n'était point d'un curé quelconque, mais du « proprius parochus », c'est-à-dire du propre curé de l'un des conjoints, la compétence à cet égard étant déterminée par le domicile des époux.

***852-853. Controverse sur la détermination du domicile matrimonial.** — La détermination de la commune dans laquelle le mariage peut être célébré a donné lieu à une longue controverse. Le Code a traité deux fois ce point, dans l'art. 74 et dans l'art. 165 ; dans les deux articles, il est dit que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ; mais l'art. 74 ajoutait : « Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune, » addition qui ne se retrouvait pas dans l'art. 165. La question était de savoir si ce dernier article visait le domicile spécial de l'art. 74 ou le domicile ordinaire de l'art. 102. Il était admis, dès avant

1907, que les parties ont le choix et qu'elles peuvent se marier, soit en vertu de l'art. 74, dans la commune où l'une d'elles réside depuis six mois sans y avoir son domicile, soit en vertu de l'art. 165, dans la commune où l'une d'elles a son domicile quoiqu'elle n'y réside pas. Comme cette situation peut se reproduire pour l'autre époux, les parties peuvent avoir à choisir entre *quatre communes différentes* pour la célébration de leur mariage (Orléans, 9 août 1890, D. 91. 2. 235; comp. Cass., 15 juin 1887, D. 88. 1. 412. S. 90. 1. 446). Cette opinion avait pour elle :

1° *La tradition.* Le droit canonique a toujours admis que le curé du domicile était compétent, alors même que ce domicile existerait depuis fort peu de temps (SANCHEZ. *De sacr. matr.*, liv. III, dis. XXIV, nos 14-15). Quant au curé du lieu où l'un des conjoints a une simple « habitatio » (résidence), sa compétence avait été également reconnue. La loi sur l'état civil de 1792 avait été interprétée dans le même sens par un décret du 22 germinal an II.

2° Un *avantage pratique.* Il consiste à permettre aux gens qui changent de domicile de se marier sans retard, tandis que l'opinion contraire leur imposerait une sorte de stage de six mois. Mais ceci suppose que le même fait (changement récent du domicile) se réalise en même temps pour les deux époux, sans cela on aurait toujours la ressource de célébrer le mariage dans la commune de l'époux qui n'a pas déménagé. Cette coïncidence, rare dans les circonstances ordinaires, s'est multipliée après la cession de l'Alsace et de la Lorraine à l'Allemagne : beaucoup de familles, ayant opté pour la nationalité française, vinrent s'établir en dehors des territoires cédés. Pour faciliter les mariages entre elles, les députés alsaciens et lorrains déposèrent une proposition de loi qui autorisait le mariage, en cas de changement de domicile, après une résidence d'un mois. Le projet fut retiré, parce que la commission de l'Assemblée nationale à laquelle il avait été renvoyé estima que les textes du Code civil n'exigent pas une résidence de six mois pour ceux qui veulent se marier au lieu de leur domicile réel, et le 21 décembre 1871 le ministre de la justice adressa aux procureurs généraux une circulaire en ce sens (D. 72. 3. 16, S. 71. 2. 283). Ce fait était considéré comme une sorte d'interprétation législative confirmant la jurisprudence.

* **854. Réforme de 1907.** — La loi du 21 juin 1907, modifiant les art. 74 et 165 du Code civil, a consacré définitivement la possibilité de se marier soit dans la commune où l'on est domicilié, sans aucune condition de résidence, soit dans la commune où l'on a sa résidence, sans y avoir son domicile réel. En outre, pour faciliter les mariages, elle a abaissé la durée de la résidence de six mois à *un mois.*

Cette facilité aurait pu être dangereuse, en rendant des fraudes possibles par la célébration hâtive d'un mariage dans une commune où les époux ne seraient pas connus. Aussi le nouvel art. 167 dit-il que, si l'époux ne réside pas depuis six mois dans la commune où il va se marier, la publication doit être faite *au lieu du domicile ou de la dernière résidence*, et si cette résidence n'a pas elle-même duré six mois, la publication doit être faite également au lieu de la naissance. Une solution analogue était déjà admise avant 1907.

***855. Impossibilité de se marier hors de la commune.** — La loi veut (art. 73) que le mariage soit célébré « *dans la commune* » du domicile (ou de la résidence). Par conséquent l'officier municipal ne doit pas se transporter au dehors pour y marier un de ses administrés; compétent à raison de la personne, il serait incompétent à raison du lieu. Quand la loi dit, dans l'art. 165, que le mariage sera célébré « *devant l'officier civil de la commune* », elle le suppose donc agissant dans son ressort. Son mandat cesse au delà des limites de la commune qu'il administre, et il n'a plus de pouvoirs, pas plus que le premier venu.

Le Code italien autorise un procédé très simple pour faciliter le mariage hors de la commune où il devrait normalement se faire : en cas de nécessité ou de simple convenance, l'officier de l'état civil compétent adresse une réquisition écrite à celui de la commune où la célébration doit avoir lieu (art. 96), et de la sorte le mariage peut être célébré dans une commune quelconque.

856. Choix du local, du jour et de l'heure. — L'art. 165 ne précise pas le lieu où le mariage doit se faire. Il dit simplement : « devant l'officier civil ». Mais l'art. 75 dit : « dans la maison commune ». C'est donc *à la Mairie* que les mariages doivent être célébrés. Toutefois on reconnaît qu'à défaut de maison commune, ou en cas de maladie ou d'in-

firmités de l'une des parties, l'officier civil pourrait se rendre, pour procéder au mariage, dans la maison du malade ou dans tout autre lieu, mais en ayant soin d'indiquer les causes qui ont motivé cette dérogation aux prescriptions de la loi (Circul. du garde des sceaux, 15 oct. 1852 ; Toulouse, 7 janv. 1899, D. 1900. 2. 29). Sur la responsabilité pénale de l'officier, au cas de célébration d'un mariage hors de la mairie sans nécessité, voyez Cass., 31 mai 1900, D. 1901. 1. 205, S. 1902. 1. 537.

Le *choix du jour* appartient aux parties (art. 75) ; mais l'*heure* est indiquée par l'officier de l'état civil, d'après les besoins du service (1). Rien n'empêche qu'un mariage soit célébré la nuit ou un jour de fête légale.

C. — Formes du mariage.

****857. Publicité de la célébration.** — Les mariages doivent se faire *publiquement*, les portes de la mairie (ou de la maison) doivent rester ouvertes, de façon que le public puisse entrer et y assister.

****858. Présence des futurs époux.** — Les futurs époux doivent se présenter *en personne* devant l'officier de l'état civil. La loi ne le dit nulle part, mais partout elle suppose la présence réelle des deux époux (voyez surtout l'art. 75). La discussion du Conseil d'État sur les art. 146 et 180 le prouve également ; le Premier Consul fit même remarquer, sans soulever de contradiction, que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes (2). Il y en a d'ailleurs une raison décisive : si le mariage *par procureur* était permis, il pourrait arriver que la partie absente ait changé de volonté avant la célébration, sans avoir eu le temps de révoquer son mandat, de sorte que son consentement ferait défaut au moment de la célébration et qu'on la marierait ainsi malgré elle.

Malgré toutes ces raisons majeures, le mariage par procureur a été autorisé pendant la guerre de 1914, en faveur des hommes sur le front ou prisonniers de guerre. (L. 4 avril 1915, L. 19 août 1915). Il a même fallu décider que si la célébration avait lieu après le décès du mandant, elle produirait néanmoins ses effets en faveur de la femme et des enfants à légitimer s'il y a lieu (L. 7 avril 1917). Cette anomalie étrange suppose nécessairement la bonne foi du conjoint, car le texte lui-même la rattache aux art. 201 et 202 (mariages putatifs).

***859. Témoins.** — Outre les parties, le mariage exige la présence de quatre témoins, deux pour chaque époux. Ces témoins peuvent être parents ou non des parties ; ils doivent être âgés de 21 ans (art. 37). Le texte primitif exigeait en outre qu'ils fussent du sexe masculin ; la loi du 7 décembre 1897 a admis les femmes à figurer comme témoins dans les actes de l'état civil, et modifié en ce sens l'art. 37, qui porte maintenant : « sans distinction de sexe. » Toutefois le mari et la femme ne peuvent être en même temps témoins dans le même acte.

860. Formalités à remplir. — Ces formalités sont décrites dans l'art. 75. L'officier de l'état civil commence par donner *lecture des pièces* ci-dessus mentionnées (nº 833). En fait cette lecture, qui n'a pas grande utilité, est souvent omise. Il doit également leur lire le chapitre VI du Titre « Du Mariage » *sur les droits et devoirs respectifs des époux*. Dans la pratique, l'officier se borne à lire les trois premiers articles et le dernier, et il omet les autres

(1) « Suivant les besoins du service » et non suivant leurs convenances personnelles ou leurs rancunes. On a vu des maires fixer à minuit moins un quart (afin de ne pas sortir du jour fixé par les parties) la célébration du mariage d'un adversaire politique.

(2) En cela la loi civile est contraire au droit canonique, qui a toujours admis les mariages par procureur, même depuis le Concile de Trente.

qui contiennent des règles de détail sur l'autorisation maritale et l'incapacité de la femme, qui seraient difficilement comprises des parties.

Ensuite il demande aux futurs époux s'ils consentent à se prendre pour mari et femme. Chacun doit répondre à son tour affirmativement. Le refus de répondre équivaut à une réponse négative. Le « oui » est donc *sacramentel*. L'officier interpelle également les personnes dont le consentement est nécessaire au mariage, si elles sont présentes, pour leur demander si elles l'autorisent. Cela fait, *il prononce, au nom de la loi*, que les deux parties sont *unies par le mariage*, et il en dresse *sur le champ* un acte qui est signé par lui, par les époux, par leurs témoins et leurs parents (art. 76).

861. Mariage des sourds-muets. — Une difficulté peut se présenter lorsque l'un des conjoints est *sourd*. S'il sait lire, on se tirera d'affaire en employant l'écriture ; même s'il est illettré, on lui permet de se marier quand il peut manifester son consentement d'une manière quelconque (Bordeaux, 29 déc. 1856, D. 57. 2. 173, et la note).

***862. Rôle de l'officier de l'état civil.** — Ce n'est pas une simple *déclaration de mariage* que les époux vont faire à la mairie. L'officier civil n'est pas seulement chargé de constater leurs volontés ; c'est lui qui les déclare unis au nom de la loi. C'est le contraire en droit canonique, au moins dans l'opinion commune ; le prêtre n'administre pas le sacrement de mariage ; il bénit les époux, mais son rôle se borne à celui d'un *témoin qualifié* ; il assiste au mariage ; il ne le fait pas.

Cette idée d'une « célébration » civile du mariage s'est développée dans les dernières années de la Révolution ; ce mot nouveau s'est substitué à partir de l'an II à l'ancienne expression « déclaration de mariage » qu'on trouve dans les textes antérieurs. Le besoin de faire du mariage une cérémonie qui parle à l'imagination a préoccupé beaucoup d'esprits. Gohier ne voulait pas que le mariage se réduisît à un « petit procès-verbal » ; il rêvait une cérémonie « civique », devant l'autel de la patrie. Bonaparte, moins utopiste, voulut tout au moins que l'officier municipal, qui représente la loi, rappelât aux futurs époux leurs devoirs et leur fît prendre l'engagement de les remplir. Il y a donc eu autre chose qu'un changement de mots ; il y a au fond une transformation dans les idées.

863. Mariage des Français à l'étranger. — Les Français peuvent se marier en pays étranger ; les déclarations du 16 juin et du 6 août 1685, qui interdisaient ces mariages, sauf autorisation spéciale donnée par le roi, ont été abrogées par la loi du 20 septembre 1792.

En principe les Français qui se marient à l'étranger doivent *suivre les formes établies pour le mariage par la loi du pays où ils se trouvent*. Par suite, si la loi de ce pays n'en exige aucune, leur mariage sera valable même en France, quoiqu'il y ait eu simplement échange de consentements. Cependant le Code les astreint à une formalité supplémentaire : ils sont tenus de faire précéder leur mariage de *publications faites en France* (art. 170). Cela suppose évidemment que l'un des deux époux au moins a son domicile en France, ou qu'il y a des parents dont le consentement est nécessaire. Sans cela il n'y a pas de commune désignée pour servir à cette publication. Cette précaution est prise pour empêcher que le mariage à l'étranger ne soit un moyen d'éluder la loi française, car la règle ***Locus regit actum*** aurait pour effet de dispenser les parties de ces publications, si la loi étrangère ne les exige pas.

Si le mariage a lieu *entre deux Français*, ou même dans certains pays *entre un Français et une étrangère*, il peut se former d'une autre manière ; nos agents diplomatiques et consulaires ont qualité pour présider à sa célébration. L'art. 170 ancien ne parlait pas de ce procédé, mais sa possibilité n'était pas douteuse, et la loi du 29 novembre 1901 l'a réglementé en ajoutant deux alinéas au texte primitif. Le mariage a lieu alors *dans les formes établies par les lois françaises*.

Enfin, quand les formes employées pour le mariage ne sont pas celles de la loi française, l'art. 171 établit une formalité particulière pour le cas où le Français marié à l'étranger

rentre en France. *Dans les trois mois de son retour*, l'acte qui constate son mariage doit être *transcrit sur les registres des mariages du lieu de son domicile.* L'omission de cette formalité n'est pas une cause de nullité (Paris, 15 déc. 1901, S. 1902. 2. 298).

864. Mariage des étrangers en France. — Ces mariages peuvent toujours être célébrés dans les formes françaises par ceux de nos officiers de l'état civil qui sont compétents d'après les art. 74 et 165. Une circulaire ministérielle du 4 mars 1831 recommande d'exiger de l'étranger qui veut se marier en France un certificat des autorités de son pays constatant qu'il est apte à contracter mariage d'après les lois qui le régissent. Cette circulaire suscite beaucoup d'entraves au mariage des étrangers, parce que les autorités auxquelles on s'adresse répondent ordinairement qu'elles n'ont pas qualité pour donner des consultations et délivrer des certificats de ce genre. Il est vrai qu'elle ajoute : « En cas de contestation, les tribunaux sont appelés à statuer. » Malgré ces inconvénients, le Code italien exige un certificat (art. 103). — En outre, lorsque le mariage a lieu entre deux étrangers de même nationalité, il peut être célébré par les agents diplomatiques et consulaires de leur nation en France, et dans les formes étrangères.

CHAPITRE VIII

PREUVE DU MARIAGE

***865. Importance de cette matière.** — Si quelqu'un veut tirer une conséquence juridique de l'existence d'un mariage, il doit commencer par en démontrer la célébration. S'il ne réussit pas à administrer cette preuve, le mariage non prouvé, bien qu'il ait été réellement célébré, ne produira aucun effet. C'est la règle générale : tout demandeur doit prouver le fait sur lequel il fonde sa prétention.

Mais on n'applique pas au mariage le droit commun des preuves. La loi l'a soumis à un système spécial, conséquence du caractère solennel reconnu au mariage au XVIe siècle. Jusque-là on avait pu faire la preuve d'un mariage par tous les moyens possibles, et notamment par la possession d'état. La loi moderne exige en principe une preuve écrite d'un genre particulier et n'autorise d'autres modes de preuve qu'à titre exceptionnel.

866. Cas où ne s'appliquent pas les règles spéciales établies par la loi. — Le système exceptionnel de preuves organisé par les art. 194-200 suppose que le demandeur réclame à son profit *un des effets civils du mariage* (voyez ces effets au n° 889). C'est dans ce cas seulement que les règles sévères établies par la loi devront être observées. S'il s'agissait de prouver *dans un autre but le fait de la célébration*, la preuve pourrait en être reçue par tous les moyens ordinaires, écritures ou témoignages. Par exemple, un mari lègue à sa femme une rente viagère jusqu'au jour où elle se remariera. La veuve s'étant remariée, les héritiers du mari pourront refuser de lui continuer le service de la rente, et pour prouver son mariage, ils pourront employer n'importe quels moyens de preuve, car ils ne réclament pas un effet attaché par la loi au mariage : ils demandent simplement à prouver la *réalisation d'une condition.*

867. Mariages célébrés à l'étranger. — Le système de preuve établi par la loi française pour le mariage ne s'applique qu'aux mariages célébrés en France ou dans nos colonies régies par la loi française. Les mariages célébrés à l'étranger se prouvent d'après les règles établies dans le pays où ils ont eu lieu ; la loi locale gouverne ces mariages pour leurs modes de preuve aussi bien que pour les formes de leur célébration. *Locus regit actum.* Voyez l'art. 47.

§ 1. — *Preuve régulière par les registres de l'état civil.*

****868. Étendue de la règle.** — La règle pour la preuve du mariage est

formulée en ces termes dans l'art. 194 : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, *s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil.* » — La question de nullité des actes écrits sur feuille volante, controversée pour les actes de l'état civil en général, se trouve tranchée par ce texte en ce qui concerne les mariages.

Pour préciser la portée de cette disposition, il faut signaler deux points :

1° La règle est générale, en ce sens qu'elle est *applicable à toute personne*, non seulement aux époux, mais même aux tiers, notamment aux enfants issus du mariage. Si la loi dit que nul ne peut réclamer « le titre d'époux », c'est parce que ce titre est le premier des effets civils du mariage ; il est donc naturel qu'on pense à lui tout d'abord, mais la décision n'est pas limitée aux seuls conjoints. Le législateur entend bien exiger de toute personne qui invoque à son profit un effet civil du mariage, la production d'un acte de l'état civil ; ce qui le prouve c'est que, par une disposition spéciale, il en dispense les enfants dans un cas déterminé. 2° La règle est encore générale, en ce qu'elle *exclut tout autre moyen de preuve* que l'acte de l'état civil. Aucune espèce de titre ne peut y suppléer, et en réalité il n'y en a pas qui aient pour objet de constater le fait de la célébration : ni les publications ni la rédaction du contrat de mariage ne prouvent que le mariage projeté a eu lieu. A plus forte raison la preuve par témoins n'est-elle pas admise.

§ 2. — *Rôle de la possession d'état dans la preuve du mariage.*

A. — Le principe.

****869. Pourquoi la possession d'état ne fait pas preuve du mariage.** — La possession d'état d'époux légitimes est le fait, pour un homme et une femme qui vivent ensemble, de passer pour mariés aux yeux de ceux qui les connaissent. En général le *fait* de la possession est conforme au *droit*, aussi bien pour l'état des personnes que pour la propriété ; ordinairement, ceux qui passent pour être mariés le sont réellement. Mais le contraire arrive : il y a des ménages irréguliers dont personne ne soupçonne l'irrégularité. Dans les grandes villes surtout il est facile aux gens qui arrivent dans un endroit où ils ne sont pas connus de s'y faire passer pour mariés. La possession d'état d'époux légitimes est donc très souvent trompeuse. Remarquez d'ailleurs qu'elle sera toujours l'œuvre des époux : c'est parce qu'ils se sont présentés et comportés comme époux légitimes que le public les a pris pour tels. La loi ne pouvait donc accepter comme preuve du mariage la possession d'état, même la plus vieille et la plus solide. De là la décision de l'art. 195 : « La possession d'état ne pourra

dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. » Décider autrement permettrait aux concubins d'usurper les droits des époux légitimes.

C'est seulement depuis l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40 et 44) que la possession d'état a perdu en France sa valeur probante pour le mariage. Jusqu'à la fin du XVIe siècle, elle a engendré tout au moins une présomption de célébration, comme l'atteste le vieux dicton : « Boire, manger, coucher ensemble || Est mariage ce me semble. »

B. — Première exception.

*870. **Utilité de la possession d'état comme complément de preuve.** — Si la possession d'état n'a pas à elle seule la force de prouver le mariage, elle peut cependant y aider en corroborant une preuve incomplète. Il se peut que l'acte de l'état civil soit représenté, mais qu'il soit *irrégulier* et que, par suite, il ne puisse servir de preuve décisive. La loi décide alors que, si les époux ont vécu depuis le jour de la célébration comme mari et femme, la possession d'état couvre les vices du titre : « Ils sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte » (art. 196). *Respectivement* : la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état n'est donc opposable que par l'un des époux à l'autre, et elle n'empêcherait pas les tiers de critiquer le titre irrégulier qui leur est présenté. On devine la raison de cette différence : la loi ne veut pas que les époux se donnent à eux-mêmes, par un fait qui leur est personnel, une confirmation de leur titre à l'égard des tiers. Peut-être est-elle un peu sévère, car l'acte insuffisant qu'ils possèdent vaut tout au moins comme commencement de preuve, et le genre de vie qu'ils ont mené rend vraisemblable le fait de la célébration.

871. **Rareté de l'application de cette disposition.** — L'art. 196 trouve rarement son application. En effet, les formalités prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil ne sont presque jamais requises à peine de nullité. On ne cite guère comme causes de nullité que le cas où l'acte aurait été inscrit sur une feuille volante, et celui où la signature de l'officier de l'état civil ferait défaut. Quand il est inscrit sur le registre et signé, quelque incomplet qu'il soit, l'acte de mariage n'est pas nul, il n'est pas *vicié* : on n'a donc nul besoin de la possession d'état pour en couvrir la nullité.

*872. **Extension admise par la jurisprudence.** — Par la façon dont elle interprète l'art. 196, la jurisprudence a trouvé à la possession d'état une autre utilité beaucoup plus considérable : elle lui fait couvrir les irrégularités qui entachent *le fait même de la célébration*, aussi bien que celles de l'acte écrit. Dans ce système la possession d'état empêche les époux de se prévaloir du vice de *clandestinité* ou du vice d'*incompétence* qui rend leur mariage nul. Voyez nos 1018 et suiv.

C. — Deuxième exception.

*873. **Hypothèse prévue et motifs de l'exception.** — Dans un cas particulier l'effet probatoire accordé à la possession d'état est beaucoup plus considérable encore : *elle dispense entièrement de toute autre preuve* et fait admettre à elle seule l'existence du mariage. Mais cette force probante ne lui est reconnue par l'art. 197 qu'en *faveur des enfants* dans une hypothèse particulière et avec un concours de circonstances peu ordinaires.

Les enfants ont souvent besoin de prouver leur qualité d'enfants légitimes ; or ils ne peuvent être légitimes qu'autant que leurs père et mère

étaient mariés : pour établir leur propre légitimité, ils devront donc commencer par prouver le mariage de leurs parents. Tant que les parents sont vivants, les enfants peuvent se renseigner facilement auprès d'eux sur le lieu et la date de la célébration de leur mariage. Mais quand tous deux sont morts, si les enfants ignorent ce lieu et cette date, ils se trouveront souvent fort empêchés. C'est donc pour le cas où les père et mère sont *tous deux décédés* que la loi a statué. Elle n'a pas prévu les autres cas où l'enfant serait dans la même impossibilité, lorsque le survivant des père et mère est en état d'*absence*, ou dans un état de *folie* ou d'*imbécillité* qui ne permet pas de tirer de lui un renseignement utile.

Il est impossible d'étendre à d'autres cas, pour lesquels elle n'a pas été écrite, une disposition exceptionnelle d'un caractère aussi grave. L'équité pourtant se révolte, car pour les enfants l'obstacle est le même que si leurs parents étaient morts ; aussi beaucoup d'auteurs admettent que l'article devrait s'appliquer en cas d'absence ou de folie des parents.

De plus, le bénéfice de la preuve exceptionnelle admise par la loi est strictement limité *aux enfants issus du mariage*; c'est une concession faite par la loi dans un sentiment de faveur pour la légitimité.

On peut supposer que les parents, étant présents et capables, refusent de renseigner leurs enfants, soit par un sentiment de haine, soit dans une intention frauduleuse. Personne ne propose d'étendre à ce cas le bénéfice de l'art. 197, car ce serait faciliter une entente entre les parents et les enfants pour faire admettre un prétendu mariage qui n'aurait jamais été célébré.

874. Conditions autorisant la preuve par la possession d'état. — Il faut : 1° *Que les enfants aient eux-mêmes la possession d'état d'enfants légitimes.* Cette possession d'état en la personne des enfants est distincte de la possession d'état d'époux légitimes qu'ont eue leurs parents, mais elle en est la suite et la conséquence. En outre elle la corrobore, et rend plus vraisemblable encore la prétention des enfants.

La loi l'exige dans la partie finale de l'art. 197 : « toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est pas contredite... » Il ne s'agit plus là de la possession d'état des parents qui a trait au mariage, mais de la *possession de la légitimité*, ce qui ne peut convenir qu'aux enfants. Les deux possessions d'état dont il est question dans l'art. 197 sont donc distinctes, et par suite la possession de l'état d'époux légitimes par les père et mère ne résulte pas de la possession de l'état d'enfants légitimes par les réclamants ; l'une des deux ne peut pas s'induire de l'autre (Cass., 19 juin 1867, D. 67. 1. 342).

2° *Que leur possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance.* Il n'est pas nécessaire que l'enfant produise un acte de naissance lui attribuant la qualité d'enfant légitime : s'il en a un de cette sorte, sa situation n'en sera que meilleure, mais la loi ne l'exige pas. Elle veut seulement, *si son acte de naissance est produit*, que cet acte ne contredise pas ses prétentions en lui attribuant la qualité d'enfant naturel, ou d'enfant né d'autres personnes que celles dont il se prétend issu. On doit même reconnaître que l'acte de naissance ne « contredit » pas la possession d'état, quand l'enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus, car il

n'attribue aucune filiation à l'enfant ; rien n'empêche alors de croire que celle qu'il possède en fait est réellement la vraie.

***875. Preuve du mariage par la possession d'état.** — Lorsque les père et mère sont tous deux décédés, la loi vient au secours des enfants en les dispensant de produire l'acte de célébration ; il leur suffira d'établir que leurs père et mère « ont vécu publiquement comme mari et femme », c'est-à-dire ont eu la possession d'état d'époux légitimes. En pareil cas la possession d'état fait donc *preuve complète* du mariage, puisque rien ne le prouve, hormis elle-même. C'est ce que dit l'art. 197 d'une façon un peu détournée : « la légitimité des enfants ne pourra être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration. » Si la légitimité des enfants ne peut être contestée, c'est que le mariage de leurs parents est tenu pour prouvé.

Remarquez ces mots : « *Sous le seul prétexte* du défaut de représentation... » Donc, on pourrait opposer aux enfants tous les autres faits ou indices qui tendraient à faire croire que leurs parents n'étaient pas réellement mariés et que la possession d'état dont ils ont joui était mensongère. En d'autres termes, dans les circonstances prévues par l'art. 197, la possession d'état fait présumer le mariage des parents, mais elle ne le prouve pas d'une manière irréfragable, comme le ferait l'extrait de l'état civil, si les enfants pouvaient se le procurer. La jurisprudence admet bien la possibilité de cette preuve contraire, mais elle veut une preuve *directe* et *décisive*, ce qui la rend en fait impossible. Comment prouver d'une manière directe qu'un mariage n'a jamais été célébré ?

§ 3. — *Preuve exceptionnelle par titres et par témoins.*

***876. Cas où cette preuve est permise.** — La rigueur du principe écrit dans l'art. 194 (preuve du mariage par l'acte de l'état civil) ne peut être maintenue d'une manière absolue. Il y a lieu de ménager aux époux une autre preuve dans deux sortes d'hypothèses :

1° Dans les cas prévus par l'art. 46, au titre « Des actes de l'état civil », c'est-à-dire *lorsqu'il n'aura pas été tenu de registres ou lorsque ceux qui existaient ont été perdus.* L'art. 194 en fait la réserve expresse ;

2° Lorsque l'acte de mariage régulièrement inscrit sur les registres a été ensuite *détruit ou altéré par une main criminelle.*

Dans toutes ces hypothèses la loi autorise la preuve par *titres* et même par *témoins*, malgré la méfiance que lui inspire en général ce dernier genre de preuve. Il n'y avait pas moyen de faire autrement. Cette faculté n'est pas spéciale au mariage : une naissance, un décès pourraient, le cas échéant, être prouvés de la même manière.

A. — Preuve du mariage au cas de perte ou d'inexistence des registres.

877. Renvoi. — Il n'y a rien de particulier à dire de ce cas qui est entièrement régi par l'art. 46. Voyez ce qui en est dit à propos des actes de l'état civil (nos 535 et suiv.).

B. — Preuve du mariage résultant d'une procédure criminelle.

878. Rédaction défectueuse des art. 198 à 200. — Ces trois articles ont besoin d'assez longues explications, mais on s'exagère d'ordinaire les vices de leur rédaction, parce qu'on oublie qu'ils ont été rédigés huit ans avant le Code d'Instruction criminelle et qu'il faut les interpréter, non pas d'après la terminologie de notre droit pénal actuel, qui est postérieure, mais à l'aide des Traités de procédure criminelle de Jousse et de Pothier,

dont les auteurs du Code parlaient encore la langue. — Du reste les art. 198 et 199 ne contiennent que l'application des principes du droit commun ; seul l'art. 200 établit une forme anormale de procéder. — Intéressants à étudier au point de vue doctrinal, ils sont restés jusqu'à ce jour sans application pratique.

879. Leurs cas d'application. — La loi suppose que la preuve régulière que les époux s'étaient ménagée a été détruite ou altérée par un *acte prévu et puni par la loi pénale* et elle leur donne les moyens de reconstituer la preuve de leur mariage.

Pour l'application de ces articles il n'y a pas lieu de distinguer :

1° *Selon que le coupable est l'officier de l'état civil ou un tiers.* — L'art. 200 est bien rédigé en vue du cas spécial où c'est l'officier lui-même qui a détruit ou falsifié l'acte, mais cet article concerne seulement la procédure et non la preuve ; l'art. 198, qui autorise l'emploi de la preuve par tous les moyens, s'exprime en termes généraux et il n'y a aucun motif pour faire une distinction ;

2° *Selon que l'acte commis est un crime ou un simple délit.* — Ordinairement ce sera un crime, car l'altération des actes de l'état civil constitue un *faux en écritures publiques*, puni des travaux forcés. Cependant les trois art. 198-200 s'appliqueraient même au cas où l'infraction ne serait qu'un délit, tel que l'inscription de l'acte sur une feuille volante (art. 192 C. pén.).

880. Nature et objet de l'action. — L'art. 199 appelle « action criminelle » celle qui est intentée par les époux ou autres intéressés dans le but d'obtenir le rétablissement de la preuve détruite. Tel était le langage de l'ancien droit : on appelait « action criminelle toute action née d'un fait délictueux parce que le mot « criminel » avait anciennement un sens très large, comprenant toutes les infractions à la loi pénale (Jousse, *Procédure criminelle*, t. Ier, Des actions qui naissent des crimes, p. 561 et suiv.). La classification des infractions en trois classes (crimes, délits et contraventions) est moderne. On disait donc « agir au criminel », par opposition à « agir au civil ». — Mais le langage a changé : de nos jours, cette même action que la loi nomme « criminelle » s'appelle proprement *action civile*, parce qu'elle appartient à la « partie civile », c'est-à-dire à la personne lésée par l'infraction et qu'elle lui sert à obtenir la réparation du dommage causé. Sous ce nom on l'oppose à l'*action publique* qui tend à l'application de la peine et ne peut être exercée que par le ministère public. Il n'y a plus aucune action qui porte spécialement le nom d'action criminelle.

Lorsque la Cour (ou le Tribunal), statuant « au criminel », aura reconnu que le fait, qui a été l'objet de la poursuite, a eu pour résultat de supprimer la preuve d'un mariage réellement célébré, elle ordonnera que l'acte détruit ou falsifié soit réinscrit sur le registre. On se trouve ainsi dans l'hypothèse prévue par la loi : *la preuve de la célébration du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle.*

881. Qui peut exercer cette action. — Cette action appartient d'abord à *tous ceux qui sont intéressés à prouver l'existence du mariage*, car ils souffrent tous de la suppression de sa preuve normale. L'art. 198 suppose (sans le dire) que l'action est exercée par les époux qui se sont aperçus du fait pendant la durée de leur mariage et l'art. 199 prévoit le cas où « les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude », et où l'action est intentée par d'autres personnes. Prévision assez vraisemblable : les époux ont tant d'intérêts à faire rétablir la preuve régulière de leur mariage, qu'ils s'empresseront toujours d'agir dès qu'ils connaîtront la fraude, de telle sorte que, si l'acte n'a pas été reconstitué ou rectifié avant leur mort, on peut être sûr qu'ils ont ignoré le fait. Mais il ne faudrait pas conclure de la rédaction employée par la loi que, tant que les époux sont tous deux vivants, eux seuls ont le droit d'exercer l'action ; ni encore que personne ne l'a après eux, au cas où ils seraient morts après avoir découvert la fraude et sans avoir rien fait pour la réparer. De pareilles solutions ne se justifieraient pas ; l'ordre suivi par la loi n'est qu'une simple prévision.

Outre les époux et les tiers intéressés, l'exercice de l'action civile appartient encore au *ministère public* (art. 199). Le ministère public est dans son rôle, car il a qualité pour poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil quand l'ordre public est intéressé, et c'est ici le cas.

882. Mode d'exercice de l'action après la mort du coupable. — Après la mort de l'officier public, aucune peine ne peut être prononcée, puisque les peines sont *personnelles* : ses héritiers ne seraient tenus qu'à des réparations pécuniaires. Cela étant, une collusion frauduleuse n'est-elle pas à craindre entre les héritiers de l'officier et ceux qui auraient intérêt à faire constater un mariage? Il serait possible, en achetant à prix d'argent leur connivence, de les faire condamner comme responsables civilement des actes de leur auteur défunt et d'obtenir par jugement la preuve de la célébration d'un mariage qui n'aurait jamais été célébré. Pour prévenir cette fraude, on ajouta une disposition qui est devenue l'art. 200, et d'après laquelle l'action appartenant aux intéressés est dirigée contre les héritiers non pas par les parties elles-mêmes, mais *par le ministère public*, en leur présence. Pareille collusion n'est guère à craindre du vivant de l'officier : il encourt les travaux forcés, et une somme d'argent ne le déciderait pas à se laisser condamner.

L'art. 200 suppose que le coupable est l'officier de l'état civil lui-même ; mais ce peut être un tiers, et la procédure qu'il institue doit être suivie par identité de motifs, quelle que soit la personne du coupable.

883. Compétence. — Dans les art. 198 et 199, la loi suppose que les époux ou les tiers intéressés agissent en même temps que le ministère public, devant le tribunal répressif (cour d'assises ou tribunal correctionnel) saisi des poursuites ; qu'ils se portent, suivant l'expression technique, *parties civiles*, en joignant leur demande à l'action du ministère public. En effet, dans l'art. 198, elle dit que la preuve de la célébration se trouvera acquise par « une procédure criminelle » et dans l'art. 199 elle nomme leur action une « action criminelle ». C'étaient les expressions usitées au XVIIIe siècle lorsque l'action était ainsi intentée. Or, d'après le droit commun, les particuliers victimes d'un crime ou d'un délit ont également droit de porter leurs réclamations devant les tribunaux ordinaires, d'agir *au civil*. On se demande si le Code a entendu priver les époux et les autres intéressés de cette option entre les deux voies. Cette dérogation aux règles ordinaires serait extrêmement grave et on ne saurait l'induire d'un texte aussi peu probant. Cela eût bien valu la peine d'être dit en termes formels.

884. Cas où l'action est prescrite. — Il y a un cas que la loi n'a pas prévu : c'est celui où l'action s'est éteinte par la prescription du vivant même de l'officier (ou du coupable quel qu'il soit). Beaucoup d'auteurs décident qu'on doit procéder alors au civil, dans la forme prescrite par l'art. 200. Cela est impossible à admettre parce que l'*action civile est éteinte* en même temps que l'action publique (art. 3 C. instr. crim.) et que les parties intéressées n'ont aucun principe d'action contre le coupable, qui ne leur doit plus rien ; il est libéré par l'effet de la prescription. — Il reste néanmoins aux parties une ressource dernière : le fait de la destruction de leur titre étant indéniable, elles peuvent se pourvoir en rectification dans les formes ordinaires, sans accuser personne (art. 46).

885. Cas où le coupable est inconnu. — On doit appliquer les mêmes considérations et la même solution au cas où la personne coupable du fait reste inconnue.

886. Effets du jugement. — Le jugement ou l'arrêt qui constate l'irrégularité ou le faux doit être transcrit sur les registres de l'état civil pour remplacer l'acte omis, altéré ou détruit. — Le projet du Code civil voulait que le mariage fût « réhabilité », c'est-à-dire que l'on en fît une nouvelle célébration (1). Cette complication est inutile, puisque la célébration n'a pas été mal faite ; elle pourrait d'ailleurs être impossible, quand l'un des époux est déjà décédé. On y a donc renoncé pour se contenter de la transcription du jugement sur les registres.

La loi dit que cette transcription assure au mariage les effets civils *à compter du jour de*

(1) Ces réhabilitations au moyen d'une célébration nouvelle étaient fréquemment ordonnées dans l'ancien droit, quand le mariage était nul pour vice de forme, par exemple pour n'avoir pas été célébré devant le propre curé. Les procureurs du Roi avaient ordre d'y obliger les parties (Déclaration du 15 juin 1697). Depuis le Code civil la réhabilitation d'un mariage nul pour vice de forme n'est jamais obligatoire, mais ceux qui ont des doutes sur la validité de leur union ont le droit d'y procéder sans la faire annuler par justice au préalable (Orléans, 14 avril 1886, D. 87. 2. 95, S. 86. 2. 191).

sa célébration. Cette décision est de stricte équité ; les époux ne doivent pas souffrir du crime commis par un tiers. Du reste, on l'aurait bien sous-entendue, car les jugements sont en principe *déclaratifs de droits*, c'est-à-dire qu'ils constatent simplement ceux qui existent ; ils n'en conférent pas de nouveaux : c'est donc en vertu de sa célébration, et non en vertu du jugement, que le mariage produit ses effets. — D'ailleurs, les effets civils ne sont pas *assurés* au mariage, comme le dit la loi. On n'a pas plaidé pour savoir si le mariage était valable ou nul mais seulement si la célébration avait eu lieu. Le mariage a été célébré, voilà le point acquis, Produira-t-il ses effets? C'est une autre question qui dépend de sa *validité*, et qui n'a pas été examinée ; on a rendu aux époux la *preuve* de la célébration, et c'est tout.

887. Autorité absolue du jugement rendu au criminel. — Le texte ajoute encore que ces effets se produiront tant à l'égard des époux qu'à l'égard de leurs enfants. Il est à peu près certain que la loi en s'exprimant ainsi a voulu trancher une question qui est cependant fort controversée. On se demande si le jugement remplace absolument l'acte de l'état civil, c'est-à-dire s'il vaut preuve de la célébration pour ou contre tout le monde? En règle générale, les jugements ne produisent leurs effets que pour ceux qui ont été *parties* dans l'instance : ils restent sans effet à l'égard des tiers. « Res inter alios judicata aliis nec nocere nec prodesse potest. » Beaucoup d'auteurs lui appliquent la règle ordinaire sur l'autorité purement relative de la chose jugée. « Ce qui est inscrit sur les registres, dit Laurent, ce n'est pas un acte de l'état civil, c'est un jugement. » Mais si les tiers peuvent décliner l'autorité du jugement rendu au profit des époux contre l'officier de l'état civil, il n'est pas vrai de dire que ce jugement assure aux époux et à leurs enfants *tous les effets civils* du mariage comme l'aurait fait l'acte de célébration. Ce que la loi a voulu, c'est rétablir l'acte détruit avec la même autorité et le même caractère. D'ailleurs il n'y a pas ici de dérogation aux règles de la chose jugée, car nous sommes en *matière criminelle* et il est de tradition que ce qui est jugé au criminel a une autorité *absolue* (et non plus relative). Le jugement aura une portée générale et la célébration du mariage ne pourra plus être contestée par personne.

888. Autorité du jugement rendu au civil. — Lorsque l'action aura été exercée devant les tribunaux civils par les parties elles-mêmes, dans le cas où elles peuvent le faire librement, on devra appliquer l'art. 100 et ne reconnaître au jugement qu'une autorité relative (art. 1351).

Toutefois, dans le cas exceptionnel où la procédure aura été dirigée au civil par le procureur de la République, conformément à l'art. 200, il semble bien que la pensée de la loi ait été d'accorder au jugement une autorité absolue. Cet article fait partie d'un groupe et doit suivre les mêmes règles que ceux qui le précèdent : la loi ordonne une procédure différente, mais dans le même but et qui doit produire le même effet définitif. Du reste on peut faire l'argument suivant : le ministère public est ici le *demandeur nécessaire*, l'action ne pouvant être intentée par aucune autre personne ; ce qui a été décidé sur l'action exercée par lui doit donc être *jugé une fois pour toutes* ; il serait déraisonnable de forcer le ministère public à intenter à nouveau l'action, chaque fois qu'il se présenterait une personne ayant intérêt à faire constater le mariage.

CHAPITRE XI

EFFETS DU MARIAGE

***889. Énumération.** — Rapports des époux entre eux. — Ce sont : 1° des *devoirs réciproques*, à la charge de chaque époux ; 2° pus ila subordination de la femme au mari, ou pour lui donner son vrai nom, la

puissance ou *autorité maritale*, qui porte à la fois sur la personne et sur les biens de la femme et qui entraîne comme conséquence l'*incapacité* de celle-ci ; 3° enfin la *vie commune* et les nombreuses charges qu'elle impose appellent un règlement spécial pour les intérêts pécuniaires des époux, règlement qui forme leur *régime matrimonial* et qui, lorsqu'il fait l'objet de conventions spéciales, exige la rédaction d'un *contrat de mariage*.

Rapports des époux avec leurs enfants. — A ce point de vue, le mariage fait naître des devoirs et des droits spéciaux, qui doivent être étudiés à propos de la *filiation légitime*, de la *légitimation*, de la *puissance paternelle*, de la *tutelle*, de l'*émancipation*, des *successions*.

Rapports avec les autres membres de leurs familles. — Le mariage fait naître l'*alliance* entre chaque époux et les parents de l'autre. L'alliance à son tour entraîne diverses conséquences, *empêchement au mariage*, *obligation alimentaire*...

***890. Uniformité des effets du mariage.** — Les effets du mariage sont toujours identiques ; le mariage français est *un*. Il n'en a pas été de même toujours et partout. Chez les Romains il y avait le *matrimonium injustum* pour les pérégrins et les latins et le *contubernium* pour les esclaves, qui ne produisaient pas les effets des *justæ nuptiæ*. Certaines législations (Prusse, Russie...) admettent le mariage *morganatique*, sorte d'union légitime inférieure au mariage, qui ne donne ni à la femme ni aux enfants les droits qu'ils tiendraient d'un véritable mariage, notamment l'égalité de rang avec leur mari ou leur père.

891. Renvoi. — La plupart des effets du mariage seront l'objet d'études spéciales, notamment le régime matrimonial, qui fait partie du programme de la 3e année. Les seuls points à étudier ici sont les *devoirs réciproques* des époux et la *puissance maritale* avec son corollaire, l'incapacité de la femme mariée. L'obligation alimentaire a déjà été étudiée. Quant au *devoir d'éducation* dont s'occupe l'art. 203, il dérive de la filiation et non du mariage.

§ 1. — *Devoirs réciproques des époux.*

892. Énumération. — Le mariage fait naître entre le mari et la femme des obligations spéciales, qui sont la conséquence de leur état d'époux. Le Code les a indiquées dans les art. 212-213-214, mais il a oublié l'une des principales : la *contribution aux charges du ménage*, qui se trouve réglée au Titre « Du contrat de mariage ». Elle fait en effet partie des relations pécuniaires des époux.

Parmi ces devoirs nés du mariage quelques-uns sont *communs aux deux époux*, un est *propre au mari* (le devoir de protection), un est *propre à la femme* (le devoir d'obéissance). Les premiers seuls font l'objet du présent paragraphe ; les deux derniers seront étudiés dans le paragraphe suivant, à propos de la puissance maritale, dont ils ne sont que des éléments.

Les devoirs communs aux deux époux sont d'abord la *cohabitation* indiquée dans l'art. 214 ; d'autre part, la *fidélité*, le *secours*, l'*assistance*, énumérés dans l'art. 212.

A. — Devoir de cohabitation.

893. Son importance. — « La femme doit habiter avec le mari..., le mari est obligé de la recevoir », dit l'art. 214 (1). Ce devoir est commun aux deux époux, et il est le premier de tous, car c'est lui qui sert de base et de condition aux autres, le mariage ayant pour but d'établir la vie commune. Quand il n'est pas rempli, l'union des époux est détruite et le but du mariage n'est pas atteint.

***894. Sanction par la force publique.** — Si le mari refuse de recevoir sa femme, si la femme refuse d'habiter avec son mari, y a-t-il une sanction juridique au devoir qui leur est imposé? L'époux délaissé a-t-il des moyens légaux pour contraindre le récalcitrant? Le mariage soulève peu de questions plus graves, et en même temps plus difficiles à résoudre. Le moyen auquel on pense tout d'abord est l'emploi de la force : le mari pourrait faire ramener sa femme au logis, *manu militari*, au besoin entre deux gendarmes ; la femme pourrait se faire ouvrir de force, par un commissaire de police, les portes de l'habitation de son mari. La jurisprudence a pendant longtemps ordonné de pareilles exécutions (Paris, 31 mars 1855, D. 55. 2. 284, S. 55, 2. 494 ; Nîmes, 20 févr. 1862 et Pau, 11 mars 1863, D. 63. 2. 193, S. 63. 2. 161), et la plupart des auteurs les considèrent comme licites.

Quelques-uns cependant ont soulevé des objections (Laurent, t. III, nº 93 ; Huc, t. II, nº 238). Leur principal argument est que l'emploi de la force est impuissant, car il ne peut se prolonger ; le mari mettra de nouveau sa femme à la porte, ou celle-ci s'enfuira de la maison dans laquelle son mari n'a pas le droit de la séquestrer. C'est mal poser la question ; il ne s'agit pas de savoir si le moyen est *efficace*, mais s'il est *légitime*. Rien dans la loi ne le prohibe ; il s'appuie sur une tradition déjà longue : il procure au moins un commencement d'exécution, et il est possible que la seule menace de la force suffise à décider chaque époux à faire son devoir. Laurent lui-même estime que l'emploi de la force n'est pas contraire à la liberté : « car l'époux est *obligé* ; c'est lui-même qui s'est privé de sa liberté en se mariant. » Du reste on reconnaît qu'il y a « devoir » ; la liberté n'a jamais consisté dans la violation d'un devoir. Une cour a cependant refusé d'accorder à un mari, qui la demandait, l'exécution par la force d'une ordonnance de référé condamnant sa femme à réintégrer le domicile conjugal (Aix, 22 mars 1884, S. 84. 2. 93). On peut donc considérer que l'emploi de ce moyen est de plus en plus étranger aux mœurs modernes. Voyez cependant Paris, 7 janv. 1903, D. 1903. 2. 16.

***895. Condamnations pécuniaires.** — Une condamnation pécuniaire est possible, mais il faut savoir à quel titre.

1º Supposons d'abord que *c'est le mari qui refuse de recevoir sa femme chez lui.* — A tout le moins le mari pourra être condamné à servir à sa femme une *pension alimentaire* selon son état et ses moyens. Il semble même qu'on puisse le condamner à des *dommages-intérêts* à raison de tant

(1) L'art. 214 confond et traite pêle-mêle le devoir de cohabitation qui est commun aux deux époux, avec le devoir propre à la femme de suivre son mari en tout pays, qui est un effet de la puissance maritale.

par jour de retard, car il est tenu d'une obligation de faire, dont l'objet est déterminé par l'art. 214 : « la recevoir chez lui et lui fournir tout ce qui est nécessaire à la vie, selon ses facultés et son état. » L'inexécution de cette obligation cause à sa femme un préjudice pécuniaire appréciable, qui peut servir de base à des dommages-intérêts.

2° Supposons maintenant que *c'est la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal.* Le mari peut d'abord *lui refuser tout argent* : il conservera pour lui les revenus dont il a la jouissance, soit des biens communs, soit même des biens dotaux ou propres à sa femme, dont il est administrateur. Il pourra même *refuser de lui servir une pension alimentaire* : si étroite que soit cette obligation, elle est corrélative à celles dont la femme est tenue envers lui : le mariage crée entre les époux une situation analogue à celle d'un contrat synallagmatique, et chacun d'eux ne peut rien réclamer à l'autre, s'il n'est prêt lui-même à remplir tous ses devoirs (Paris, 22 janv. 1887, sous Cass., S. 91. 1. 466).

Très énergique en principe, ce moyen devient inefficace quand la femme a des *revenus personnels*, dont son contrat de mariage lui a conservé l'administration et la jouissance. La jurisprudence admet que le mari peut alors se faire autoriser par justice à *faire saisir ou séquestrer les revenus de sa femme*, pour la prendre encore par la famine (Paris, 27 janv. 1855, D. 55. 2. 208, S. 55. 2. 142 ; Trib. Lyon, 19 mars 1870, D. 71. 5. 258).

Les mêmes auteurs, qui condamnent l'emploi de la force, critiquent encore ce moyen, en disant que le mari ne peut « saisir », parce qu'il n'est pas « créancier ». Mais on peut répondre qu'il y a ici moins une saisie qu'une sorte de séquestre, analogue à celui qui se pratique sur les biens d'un criminel en état de contumace. On objectera que le texte manque pour autoriser ce moyen de contrainte ; mais il y a nécessité d'assurer dans la mesure du possible l'exécution d'une obligation légale, et la jurisprudence établie sur ce point a la valeur d'un droit coutumier. Ce moyen lui-même peut être insuffisant, si la femme trouve asile chez un parent ou chez un ami ; contre le tiers qui a recueilli sa femme chez lui, le mari ne peut rien. Plusieurs décisions judiciaires ont alors appliqué à la femme le système des *astreintes*, en prononçant contre elle des dommages-intérêts à raison de tant par jour de retard (Cass., 26 juin 1878, D. 79. 1. 80, S. 79. 1. 176 ; Lyon, 24 févr. 1909, D. 1910. 2. 172, P. et S. 1909. 2. 283). Quelques auteurs récents contestent la légitimité de ce procédé, en prétendant que les dommages-intérêts ne peuvent sanctionner que les droits de créance et non les droits de puissance. On peut leur faire une double réponse : 1° la condamnation à des dommages-intérêts est possible contre le mari qui refuse de recevoir sa femme ; il est naturel que le devoir de cohabitation ait une sanction identique au profit du mari ; 2° les dommages-intérêts peuvent être accordés, même à raison d'un *préjudice moral*, comme le prouvent les satisfactions pécuniaires accordées en cas d'injures et de diffamation.

896. Assimilation à l'injure grave. — Le refus par l'un des époux de remplir son devoir en acceptant la vie commune constitue une injure grave et autorise l'autre à demander soit le *divorce*, soit la *séparation de corps.* Cette ressource dernière sera souvent la seule pratique. Tous les autres moyens n'ont qu'un effet temporaire, et de plus il n'y a aucun avantage

social à obliger à vivre ensemble deux personnes pour qui la vie commune est devenue insupportable.

897. Cessation du devoir de cohabitation. — Ce devoir cesse par l'effet de la séparation de corps, qui a précisément pour objet d'y mettre fin. Il cesse également d'une manière provisoire, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, en vertu d'une ordonnance du juge. Il devrait cesser de même pendant l'instance en nullité, quand l'annulation du mariage est demandée, mais les rédacteurs du Code français n'ont pas songé à réserver cette facilité à la femme. Le Code italien (art. 115) et le Code espagnol (art. 68) la lui accordent expressément.

Du reste le devoir pour chaque époux d'habiter avec l'autre est *conditionnel* en ce sens qu'il est *subordonné à l'accomplissement de toutes les obligations qui dérivent du mariage.* Ainsi la femme ne peut pas être contrainte à habiter avec son mari, quand celui-ci lui fait dans sa maison une existence insupportable, soit par les mauvais traitements qu'il lui inflige, soit par l'existence qu'il y mène lui-même, s'il y entretient une concubine ou s'il y exerce une profession inavouable. En ce cas tout moyen de contrainte doit être refusé au mari contre elle (Pau, 8 mai 1890, S. 91. 2. 13 ; Bastia, 20 mai 1902, D. 1904. 2. 231).

B. — Devoir de fidélité.

***898. Son importance.** — C'est, au point de vue moral, le principal des devoirs qu'engendre le mariage, et la faute la plus grave que l'un des époux puisse commettre est la violation de ce devoir, l'*adultère.* Sur le mode de preuve de l'adultère, voir ci-dessous, n° 1162.

***899. Sa sanction.** — Le devoir de fidélité n'est pas un devoir de morale pure ; c'est une obligation sanctionnée par la loi positive. L'adultère est un *délit* puni par les art. 337, 338 et 339 du Code pénal (1), mais c'est un délit d'un caractère exceptionnel. Pour des raisons faciles à comprendre, la loi laisse au conjoint offensé le droit de *pardonner* ; mieux vaut parfois le silence que l'éclat d'un scandale public : « Sur telles affaires toujours le meilleur est de ne rien dire », conclut Sosie à la fin d'*Amphitryon.* Il en résulte que le ministère public ne peut exercer de poursuites contre l'époux coupable que sur la demande de son conjoint.

***900. Répression variable de l'adultère.** — On remarque plusieurs différences dans la répression de l'adultère, selon qu'il a été commis par le mari ou par la femme. Les deux principales concernent l'application de la peine, la femme étant traitée plus sévèrement que le mari.

(1) Les pénalités contre l'adultère de la femme étaient également écrites dans les art. 298, 308 et 309 du Code civil, ce qui n'était pas leur place, et par surcroît le texte primitif autorisait le Tribunal *civil* à prononcer la *peine.* Cette double anomalie s'expliquait parce que pendant la Révolution l'adultère n'était pas puni et on ne voulut pas attendre la rédaction du Code pénal pour sévir. Ces articles ont disparu, le premier en 1816, les deux autres en 1884.

1° *Tout adultère de la femme est punissable*, quel que soit le lieu où il a été commis, et quand même ce serait un fait isolé. Au contraire, le mari n'encourt de peine que quand deux circonstances aggravantes sont réunies. Il faut *a*) qu'il ait eu des relations suivies avec sa complice ; *b*) que ces relations aient eu lieu dans sa propre maison, car l'art. 339 C. pén. ne prononce la peine qu'autant que le mari « *a entretenu sa concubine dans la maison conjugale* ». Ainsi, quand il entretient sa maîtresse au dehors, ou quand l'adultère commis par lui dans la maison conjugale est un fait passager, le mari n'encourt aucune peine. Comp. Toulouse, 22 févr. 1900, D. 1904. 2. 15.

2° Quand une peine est applicable, elle est beaucoup plus grave pour la femme que pour le mari : le mari n'encourt jamais qu'une *amende*, tandis que la femme adultère peut être condamnée à deux années de prison.

Cette inégalité dans la répression a soulevé de vives critiques. « On voit bien, disent souvent les femmes, que les lois sont faites par les hommes. » Il est pourtant facile de justifier cette différence. L'adultère de la femme peut produire des conséquences morales et matérielles beaucoup plus dangereuses que l'adultère du mari. Quand le mari a une maîtresse, les enfants qu'il en a n'entrent pas dans la famille ; ils restent des étrangers pour sa femme. Quand la femme a un amant, si elle a des enfants, ils seront les enfants légitimes de son mari. Celui-ci a bien l'action en désaveu, mais souvent les preuves lui manqueront pour chasser de sa famille ces enfants qui ne sont pas les siens. C'est là un danger extrêmement grave, qui n'atteint pas seulement le mari trompé ; l'adultère de la femme compromet la base sur laquelle repose la famille légitime : la présomption de paternité du mari. Il y a donc *délit social*. Or la peine est prononcée au nom de la société. Si la faute de l'époux coupable est toujours égale au point de vue privé, elle ne l'est pas au point de vue de l'intérêt général (1). Néanmoins il est actuellement question de faire disparaître ces différences (Dalloz, *Chronique*, 1910, XXI, p. 84).

***901. Du complice d'adultère.** — Par application de la même idée, on doit également reconnaître comme fondée la différence que la loi fait entre le *complice de la femme* et la *complice du mari* ; le premier est punissable, la seconde ne l'est pas (art. 238 C. pén.). Le complice de l'époux adultère ne manque personnellement à aucun devoir. Il ne mérite une peine qu'autant qu'il met en péril la famille légitime.

902. Excuse en cas de meurtre de l'époux coupable. — Le mari est *excusable* (2) quand il tue sa femme ou le complice de sa femme surprise en flagrant délit ; la femme dans le cas inverse ne bénéficie d'aucune excuse. Ceci est injuste : l'outrage est le même, la colère a le droit d'être égale.

903. Divorce et séparation. — Outre sa sanction pénale, l'adultère a encore une sanction *civile* : il entraîne, au gré de l'offensé, la séparation de corps ou le divorce.

C. — Devoir de secours.

904. Son objet et son caractère. — Pour les époux le devoir de secours consiste dans l'obligation qu'a chacun d'eux de fournir à son conjoint tout ce dont il a besoin pour vivre. Cette obligation est l'équivalent de l'*obligation alimentaire* des parents et des alliés.

Le devoir de secours existe d'abord *du vivant des époux* ; ensuite, par une dérogation remarquable aux règles ordinaires, il se transmet *à la charge des héritiers du prémourant* (L. 9 mars 1891).

(1) Comparez le langage que MM. Arène et Capus prêtent à Mme Grécourt, dans l'avant-dernière scène de *l'Adversaire* : « Nous disons à nos maris que leur faute vaut la nôtre, et nous avons raison de le leur dire ; ça les fait réfléchir et ça peut les arrêter quelquefois ; mais, à part nous, nous savons à quoi nous en tenir. La preuve, c'est que nous aimons davantage ceux à qui nous pardonnons, et que nous finissons toujours par mépriser ceux qui nous pardonnent. »

(2) En droit pénal on appelle « excuses » certains faits déterminés par la loi qui amènent un abaissement de la peine, et quelquefois même une exemption totale.

1° Règles applicables aux époux eux-mêmes.

***905. Cas où l'obligation s'exécutera.** — Dans l'état ordinaire des choses le devoir de secours est rendu inutile, du vivant des époux, soit par le devoir spécial au mari qui doit recevoir sa femme chez lui et lui fournir ce qui lui est nécessaire selon ses facultés et son état (ce qui dépasse les aliments proprement dits), soit par l'attribution au mari de tout ou portion des revenus de la femme. Le devoir de secours, ainsi absorbé par d'autres tant que dure la vie commune, n'apparaît guère qu'*en cas de rupture*, soit après une séparation de corps régulière, soit après une séparation de fait à l'amiable, ou par suite du refus du mari de recevoir sa femme chez lui. Celui des époux qui a des ressources suffisantes doit alors être condamné à servir à l'autre une pension alimentaire. Ordinairement ce sera le mari, parce qu'il a la jouissance des revenus de sa femme. Mais la femme n'a droit à aucun secours, lorsqu'elle quitte son mari et refuse de rentrer au domicile conjugal (Trib. de paix de Vendôme, 26 oct. 1910, D. 1913. 2. 247).

906. Sanction nouvelle du devoir de secours. — La loi du 13 juillet 1907, sur le libre salaire des femmes mariées, a établi, dans son art. 7, une *faculté réciproque de saisie des salaires* qui donne une sanction énergique au devoir des époux : si l'un d'eux ne subvient pas spontanément aux charges du ménage, dans la mesure de ses facultés, l'autre peut obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir et de toucher, sur le salaire de son conjoint, une part proportionnée à ses besoins.

La procédure est rapide : le mari et la femme sont appelés par un avertissement du greffier en forme de lettre recommandée ; ils doivent comparaître en personne, sauf le cas d'empêchement absolu dûment justifié (art. 8). La signification du jugement, sans autre procédure, vaut attribution des sommes dont la saisie a été autorisée (art. 9). Le jugement est toujours exécutoire par provision sans caution. Il peut être modifié, si la situation change (art. 10).

Cette saisie est possible, même quand les époux sont séparés de fait et ne font plus ménage commun (Cass., 1er févr. 1909, D. 1910. 1. 85, P. et S. 1909. 1. 209).

Sur la compétence, voyez Trib. Châlons-sur-Marne, 19 mars 1909, D. 1910, 2. 9, P. et S. 1910. 2. 321, et les notes.

2° Règles applicables à la succession du prédécédé.

907. Innovation de 1891. — Par une dérogation grave aux principes traditionnels, et qui cependant n'est pas sans exemple dans notre droit (ci-dessus, nos 664 et 687), la loi du 9 mars 1891 a déclaré la « succession » de l'époux prédécédé tenue de la dette d'aliments envers le survivant. La singularité de cette décision ne consiste pas seulement en ce que la loi déclare *transmissible aux héritiers* une obligation qui est généralement personnelle au débiteur et qui s'éteint avec sa vie ; elle vient aussi de ce que les débiteurs ne sont pas tenus en leur propre nom et sur tous leurs biens, mais seulement eu égard aux biens que le défunt a laissés. C'est ce que les rédacteurs de la loi ont voulu exprimer en disant, non pas que « les héritiers de l'époux » étaient débiteurs d'aliments, mais bien que « sa succession en était tenue ». Ce langage doit être rapproché des dispositions des art. 762 et 764, relatifs aux enfants adultérins et incestueux. Comp. Poitiers, 7 juill. 1897, D. 98. 2. 409.

908. Règles du droit commun applicables au conjoint survivant. — Puisqu'il s'agit d'une *pension alimentaire*, et que les dispositions votées en 1891 ont été insérées dans l'art. 205 C. civ., à l'endroit où le Code s'occupe de ce genre d'obligations, il en faut conclure que les règles ordinaires lui sont applicables, toutes les fois qu'une dérogation ne résulte pas, implicitement ou expressément, des dispositions de la nouvelle loi. Ainsi on devra tenir compte des besoins et des ressources de l'époux qui réclame des aliments pour en fixer le chiffre. Ainsi encore la pension qui lui est accordée pourra être diminuée ou totalement supprimée, s'il lui survient un accroissement de ressources tel qu'il n'ait plus besoin d'être secouru.

909. Limitation de la créance alimentaire. — La loi n'accorde d'aliments au

survivant que *sur la succession* du prédécédé. Cela veut dire que les héritiers n'en sont pas tenus personnellement et sur tous leurs biens, mais seulement comme détenteurs des biens de la succession et jusqu'à concurrence de leur valeur. Il se fait donc, à leur profit et de plein droit, une sorte *de séparation des patrimoines* toute spéciale, qui a pour effet de limiter la portée de leur obligation, contrairement au principe général de l'art. 2092. Dans leurs rapports avec l'époux survivant, créancier d'aliments, ils sont dans une situation analogue à celle qu'ils auraient envers un créancier quelconque, s'ils avaient accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

Conséquences. — Si la succession est insolvable, l'époux survivant n'a droit à rien, sa créance d'aliments ne pouvant s'exercer que sur l'actif net (Trib. Avesnes, 13 juill. 1894, D. 95. 2. 201). Voyez cependant Grenoble, 23 juill. 1909, P. et S. 1910. 2. 199.

Le conjoint survivant n'a *aucun espoir de voir augmenter sa pension* par suite d'un accroissement de fortune de ses débiteurs, puisque la masse débitrice est une succession qui ne peut recevoir aucun accroissement postérieurement à son ouverture.

910. Personnes tenues de la dette. — Bien que le texte de la loi porte que c'est la « succession » du prédécédé qui « doit » les aliments, cette formule ne doit pas faire illusion ; ce sont les *héritiers et successeurs universels* du défunt qui en sont tenus, et, dans ses rapports avec eux, le conjoint survivant jouit de tous les droits qui appartiennent d'ordinaire à un créancier d'aliments (1). Ces personnes en sont tenues, conformément au droit commun, chacune en proportion de la part pour laquelle elle représente le défunt (art. 870 et 871).

911. Mode de service de la pension. — La loi dit que « la pension alimentaire est *prélevée sur l'hérédité* ». Cette disposition ne signifie pas que l'époux prélève des biens en nature ; on lui sert une pension en argent, pour laquelle il jouit seulement des garanties accordées par le droit commun aux créanciers d'une succession (2). Mais les parties sont entièrement libres d'établir le service de la rente sous la forme que bon leur semble et d'accorder, par exemple, au conjoint une hypothèque sur leurs propres immeubles, soit même de prélever un capital sur la succession pour le placer à son nom quant à la jouissance, au leur quant à la propriété.

912. Priorité du conjoint sur les légataires particuliers. — La loi veut que la pension due au conjoint soit payée de préférence aux legs particuliers que le défunt a pu faire. Par conséquent, si l'actif net, déduction faite du passif, ne suffit pas à assurer le service de la pension, les légataires particuliers subiront une réduction dans la mesure où elle sera nécessaire. C'est l'application d'une vieille idée qu'exprime l'adage : « Nemo liberalis nisi liberatus » ; une personne ne peut faire des libéralités par acte de dernière volonté que sur l'actif net de sa succession, déduction faite de son passif ; or, la créance d'aliments est une dette véritable, qui fait partie du passif héréditaire.

En principe, cette réduction est subie par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. Cependant, si le testateur a déclaré expressément qu'un legs serait acquitté de préférence aux autres, le légataire qui en profite ne subira de réduction que le dernier et au cas où tous les autres legs auraient été déjà entièrement supprimés sans qu'on soit parvenu à faire face aux besoins du conjoint survivant.

913. Effet du divorce. — Si, au jour du décès du prémourant des époux, il existe un

(1) Puisqu'il y a un « créancier » d'aliments, il est impossible qu'il n'ait pas devant lui un ou plusieurs débiteurs. En disant que c'est la « succession » qui doit, on a voulu faire ressortir la façon dont les héritiers sont grevés, n'étant pas tenus personnellement et sur tous leurs biens, mais seulement sur les biens de la succession.

(2) Le texte s'explique par les vicissitudes qu'il a subies pendant les discussions. Le texte primitif voulait que le *capital* de la pension fût prélevé sur l'hérédité, afin de mieux assurer au conjoint le service de sa rente. On fit remarquer que le prélèvement d'un capital était inutile, parce que l'époux survivant, étant un créancier comme les autres, trouve une protection suffisante dans la possibilité de demander la *séparation des patrimoines* (art. 878) et de prendre une *inscription hypothécaire* sur les immeubles de la succession (art. 2111). — L'observation était juste, mais il eût fallu faire disparaître toute mention d'un prélèvement quelconque.

divorce prononcé aux torts de qui que ce soit des deux, *aucune pension alimentaire n'est due au survivant*, parce qu'il n'y avait plus d'époux au jour où la succession de l'un d'eux s'est ouverte.

914. Effet de la séparation de corps. — L'existence d'un jugement de séparation de corps, *même prononcé aux torts du survivant*, n'a pas pour effet d'enlever au conjoint coupable son droit à des aliments. En effet, ce droit lui appartenait, malgré ses torts, du vivant de son conjoint : il aurait pu les lui réclamer à lui-même ; il le pourra également contre ses héritiers, puisque ceux-ci succèdent à l'obligation du défunt.

Il est bien vrai que la séparation de corps prive le survivant, quand c'est lui qui est coupable, des droits qui lui sont accordés sur la succession du prémourant soit en propriété, soit en usufruit (art. 767), mais le *droit héréditaire* est distinct de la *créance d'aliments* et se gouverne par d'autres règles. Il est donc impossible d'admettre pour cette créance une cause de déchéance que la loi n'a pas exprimée.

915. Effet du convol du survivant. — Pour la même raison, l'époux survivant ne perd pas sa pension quand il se remarie, bien que l'art. 767 le prive alors de son droit d'usufruit. Mais, en se remariant, il acquerra ordinairement des ressources nouvelles qui rendront inutile la continuation de sa pension.

916. Délai de réclamation de la pension. — Les héritiers du prédécédé ne sont pas personnellement débiteurs de façon que la pension puisse leur être réclamée à quelque époque que le survivant tombe dans le besoin ; le droit de celui-ci ne peut prendre naissance qu'autant qu'il se trouvait *dans le besoin au moment de l'ouverture de la succession.* De plus la loi lui donne un délai très bref ; il doit le faire *dans l'année du décès.* Toutefois si les opérations du partage ne sont pas terminées au bout d'un an, la loi lui réserve son droit jusqu'à la conclusion définitive du partage.

D. — Devoir d'assistance.

917. Son objet. — L'*assistance* ne se confond pas avec le *secours* : elle consiste dans les soins *personnels* à donner au conjoint malade ou infirme. C'est donc une *obligation de faire* tandis que le devoir de secours est une *obligation de donner.*

918. Sanction. — A la différence du devoir de secours, le devoir d'assistance n'a point de sanction directe. Il ne peut pas donner lieu à une réclamation en justice, ni à une indemnité pécuniaire. La seule conséquence qu'entraîne son inexécution est la possibilité de considérer l'abandon de l'un des conjoints par l'autre comme une *injure grave*, suffisante pour motiver la séparation de corps ou le divorce.

§ 2. — *De la puissance maritale.*

***919. Laconisme des textes.** — Le Code n'a même pas prononcé le nom de la puissance maritale en réglant les effets du mariage ; il ne l'a nommée qu'une seule fois, au Titre « du contrat de mariage », pour défendre d'y porter atteinte : « les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme » (art. 1388). Si le mot ne se trouve pas dans les articles relatifs au mariage, la chose y est pourtant. C'est d'elle qu'il est question dans l'art. 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari. » La puissance maritale est présentée ainsi sous son double aspect historique, à la fois *devoir de protection* pour le mari et *état de subordination* pour la femme. Pour en maintenir le principe, un pareil texte suffit ; mais, comme organisation, il

est loin d'être satisfaisant. Cette lacune n'est comblée qu'en partie par quelques textes épars dans le Code et qui appliquent ou déterminent quelques-uns des effets ou des conséquences de la puissance maritale.

****920. Effets de la puissance maritale.** — 1° *La femme ne peut faire, en principe, aucun acte juridique valable sans l'autorisation de son mari.* C'est *l'incapacité de la femme mariée.* A cause de son importance, cette conséquence de la puissance maritale fait l'objet d'un paragraphe spécial (nos 925 et suiv.).

2° *La femme, en se mariant, acquiert la nationalité de son mari* (art. 12 et 19). Cette règle est le dernier débris de l'idée antique qui donnait à la femme la condition civile du mari. On ne voit plus bien son utilité dans le droit actuel. Pourquoi ne pourrait-il pas y avoir mariage, comme il pourrait y avoir association, entre personnes de nationalités différentes? Pourquoi chaque époux ne garderait-il pas sa patrie, comme il garde sa famille et sa religion? Il suffirait de permettre à la femme étrangère de devenir Française facilement, à la suite de son mariage avec un Français. D'ailleurs le Code n'a pas maintenu entièrement la communauté de patrie, puisque le changement de nationalité qui atteint le mari après le mariage n'atteint pas nécessairement la femme.

3° *La femme après son mariage porte le nom de son mari.* Le Code italien le dit en propres termes : « ne assume il cognome » (art. 131). Les textes français sont muets ; si la femme a le droit dans la vie mondaine de porter le nom de son mari, c'est simplement le résultat d'un *usage*, implicitement consacré par la loi. Voyez ci-dessus, n° 390.

4° *Le mari a le droit de surveiller les relations personnelles de sa femme.* Il peut lui défendre de voir telle ou telle personne. D'après Thibaudeau, le Premier Consul disait dans la discussion : « Ne devrait-on pas ajouter que « la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son « mari? Les femmes ont toujours ces mots à la bouche : Vous voulez « m'empêcher de voir qui me plaît » (*Mémoires sur le Consulat*, p. 426).

Ce droit de surveillance du mari engendre surtout des difficultés quand il s'exerce *sur les correspondances* de sa femme. Un mari a-t-il le droit d'intercepter les lettres adressées à sa femme par des tiers, ou écrites par celle-ci, de les ouvrir, de les supprimer? Le droit du mari n'est pas douteux dans l'état des textes et de nos mœurs actuelles (Trib. Sainte-Menehould, 22 mars 1905, D. 1907. 2. 113) (1). C'est même son devoir de protéger sa femme contre des égarements passagers et de la soustraire à des influences pernicieuses qui pourraient troubler sa famille. Seulement son droit n'est pas absolu. Il n'a pas, comme un père ou un tuteur, une éducation à diriger. Si son contrôle s'exerce d'une manière blessante et sans motifs il peut dégénérer en *injure grave* (LABBÉ, S. 77. 1. 161. — ALB. TISSIER, *La*

(1) L'art. 187 de l'Instruction générale de 1856 le reconnaît formellement : les lettres adressées à des femmes sous puissance de mari peuvent être arrêtées par celui-ci avec une ordonnance du juge. Cette ordonnance n'est exigée que pour assurer la régularité du service et dégager la responsabilité de l'administration, et non pour donner au mari un droit qu'il tient du Code civil.

propriété et l'inviolabilité des lettres missives, thèse, Paris, 1885). De plus contre les abus d'autorité du mari, le recours à la justice est ouvert, comme contre les abus de la puissance paternelle. Par exemple, un mari ne peut pas priver arbitrairement sa femme de toutes relations avec ses proches parents (Trib. Seine, 13 janv. 1870, D. 70. 3. 40, S. 70. 2. 158).

5° *La femme doit suivre son mari partout où il va se fixer.* C'est le seul effet de la puissance maritale dont il soit question dans le Code civil, en dehors du devoir vague d'obéissance, mentionné dans l'art. 213. L'art. 214 l'énonce en ces termes : « La femme doit suivre son mari partout où il juge à propos de résider. » C'est donc le mari qui a la prépondérance quand il s'agit de choisir le lieu de la résidence commune.

Avant la Révolution, Pothier faisait une réserve : « pourvu néanmoins que ce ne soit « pas hors du royaume et en pays étranger, car si le mari, en abjurant sa patrie, voulait « s'y établir, la femme, qui doit encore plus à son pays qu'à son mari, ne serait pas obligée « de l'y suivre. » Le projet de Code civil contenait un alinéa spécial limitant de la même manière le devoir de la femme, mais cet alinéa fut retranché dans la discussion sur les observations du Premier Consul, disant que l'obligation de la femme de suivre son mari devait être absolue.

Le devoir de la femme a cependant une limite qui résulte du texte même de la loi : la femme doit suivre son mari partout où il juge à propos de « résider » (art. 214). Il faut donc que le mari se choisisse une *résidence fixe* ; s'il voulait mener une vie errante et passer son temps à voyager, sa femme ne serait pas obligée de le suivre.

***921. Conséquences indirectes de la puissance maritale.** — La puissance maritale produit en outre certaines conséquences indirectes, qu'il faut mettre encore au nombre de ses effets. Telles sont : 1° la prépondérance du mari dans l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants communs ; 2° la prépondérance du mari dans la gestion pécuniaire des biens communs (communauté entre époux) et même ses droits spéciaux sur les biens de la femme.

922. Disparition du droit de correction. — Dans quelques législations, on reconnaît encore au mari un *droit de correction*, par exemple en Portugal. Il n'y a pas longtemps que ce même droit était encore admis en Angleterre (pour les détails voyez Lehr, *Droit civil anglais*, n° 123). En Prusse, en 1812, il a fallu un rescrit pour apprendre aux maris qu'ils n'avaient pas le droit de battre leurs femmes. En France un arrêt a semblé reconnaître au mari un droit de correction corporelle, tout à fait étranger à nos mœurs (Chambéry, 4 mai 1872, D. 73. 2. 129, et la note).

***923. Décadence de la puissance maritale.** — Malgré la force de résistance des traditions, la puissance maritale est en décadence. Déjà en Italie le Code de 1865 l'a fort amoindrie. Il dit bien, dans l'art. 131, que le mari est le chef de la famille (capo della famiglia), que la femme prend sa condition et son nom, et qu'elle est obligée de le suivre partout où il juge utile de fixer sa résidence, mais il ne parle plus du devoir général d'obéissance. En Belgique, Laurent proposait hardiment de la supprimer et d'établir l'égalité des époux et l'indépendance de la femme (*Avant-projet de revision du Code civil*, t. I, p. 424 et suiv.). En France même ces idées gagnent de jour en jour du terrain. Nous n'acceptons plus les yeux fermés les affirmations de Portalis ou de Pothier quand ils nous disent que la prépondérance du mari et l'asservissement de la femme sont « de droit naturel ». Le mariage est l'union des âmes, disait le Premier Consul ; nous le concevons comme une association de deux êtres égaux qui ne peut se maintenir que par leur bonne harmonie. Or le mariage paraît n'avoir été pour Napoléon que la possession légale, corps et âme, d'une femme par un homme (1). Peut-être y aurait-il un juste milieu à observer entre cette espèce

(1) D'après Thibaudeau, Bonaparte l'a dit en propres termes au Conseil d'État : « La « nature a fait de nos femmes nos esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame,

d'autorité brutale, telle que la comprenait Napoléon, et la suppression absolue de toute prépondérance du mari. Le mouvement du « féminisme » contemporain pousse à une réforme radicale, qui ferait disparaître le mariage lui-même, ou tout au moins le ferait tomber à l'état d'union libre, comme l'était le mariage antique, quand le christianisme l'emporta dans un mouvement de réaction irrésistible. Sur tous les problèmes que soulève ce mouvement d'opinion, voyez TURGEON, *Le féminisme français*, spécialement t. II, p. 82 et suiv. ; p. 317 et suiv. (*bibliographie féministe* à la fin du t. II). Sur l'esprit antiféministe de la Révolution, voir Mme CHELIGA, *Revue politique et parlementaire*, 10 août 1897.

924. Législations étrangères. — SYSTÈME ANGLAIS. — Il est intéressant de rapprocher du mouvement qui se produit en France la transformation profonde qui s'est opérée en Angleterre dans la condition de la femme mariée. Jusqu'en 1870 sa personnalité a été confondue dans celle du mari (STUART MILL, *l'Affranchissement des femmes*, trad. Cazelles, 1860, in-12). Un acte du 9 août 1870 lui donna une capacité partielle analogue à celle qui résulte chez nous de la séparation de biens ; un second acte du 18 août 1882 a changé du tout au tout les principes traditionnels du droit anglais en donnant à la femme la pleine capacité civile, qu'elle ne possède encore en aucun autre pays (LEHR, *Droit civil anglais*, nos 127 et suiv. Voyez aussi *Ann. étr.*, t. XII, p. 329. J. BERTHEAU, *De la capacité de la femme mariée anglaise*, thèse, Paris, 1902. Comp. GLASSON, *Rapport sur le prix du budget*, lu à l'Institut le 8 octobre 1898). — Glasson remarque que la femme française est encore mieux traitée que la femme anglaise : 1° à cause de l'usage des constitutions de dot ; 2° parce qu'elle a des droits de succession égaux à ceux des hommes (*op. cit.*, p. 12-13). Critique intéressante des législations anglaise et américaine dans la thèse de M. Albert Chéron (p. 319 et suiv.), citée au n° 925 ci-dessous.

SYSTÈME ALLEMAND. — L'incapacité de la femme mariée a été supprimée en Allemagne (art. 1399 pour les obligations, art. 1400 pour les procès). Malgré cela les obligations résultant d'actes juridiques faits après le mariage ne sont pas, en principe, exécutoires sur ses apports, si le mari n'a pas donné son assentiment à l'acte (art. 1412). Voyez E. DE BIÉVILLE, *Le régime matrimonial du code civil allemand*, p. 47 et suiv. ; LÉON LYON-CAEN, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris, 1903. Voyez aussi t. III, n° 775.

§ 3. — *Incapacité de la femme mariée.*

925. Bibliographie. — LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Paris, 1843. — PAUL GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2e édit., Paris, 1885. — STUART MILL, *L'assujettissement des femmes*, trad. Cazelles, Paris, 1876. — HERBERT SPENCER, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, 2e édit., t. II, 3e partie, chapitre X. — NAVILLE, *La condition sociale des femmes*, Lausanne, 1891, in-12. — GLASSON, *Rapport sur le prix du budget*, lu à l'Institut le 8 octobre 1898. — H. BASSET, *Du rôle de la femme mariée...*, thèse, Paris, 1896. — AFTALION, *La femme mariée*, Paris, 1899. — CH. TURGEON, *Le féminisme français*, 1901, t. II, p. 163 et suiv. — ALBERT CHÉRON, *Étude sur l'adage « Uxor non proprie est socia, sed speratur fore »*, thèse, Paris, 1901. — P. BINET, *La femme dans le ménage*, thèse, Nancy, 1904. — Voyez aussi la table du tome III et ci-dessus, n° 924.

A. — Causes de l'incapacité.

***926. Origine historique.** — L'incapacité spéciale aux femmes mariées dérive d'une incapacité plus générale qui frappait autrefois toutes les femmes, mariées ou non. Dans les sociétés primitives, où règnent la violence et la guerre, la femme est trop faible pour se défendre elle-même : elle reste en tutelle perpétuelle. Tel a été le droit de Rome sous

« vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la Comédie ! Madame, vous ne verrez « pas telle ou telle personne ! c'est-à-dire : Madame, vous m'appartenez corps et âme ! » (*Mémoires sur le Consulat*, p. 426).

la République ; telles étaient les coutumes germaniques. Cette incapacité perpétuelle et générale s'atténua peu à peu avec les progrès de la civilisation et de l'ordre social. Le droit français proprement dit ne l'a jamais connue ; mais si l'incapacité primitive des femmes a disparu dans l'état de célibat et de veuvage, elle a subsisté dans le mariage. Le même fait s'était produit en droit romain : la *manus* y a survécu longtemps à la tutelle des femmes *sui juris*. Elle a pourtant fini par s'en aller à son tour, et dans les derniers siècles de l'Empire aucune incapacité ne frappait plus les femmes à raison du mariage : elles avaient la libre disposition de leurs biens avec pleine capacité pour s'obliger.

***927. Justification théorique moderne.** — L'incapacité de la femme ne tient pas à son sexe. « Le besoin qu'elle a de l'autorisation de son mari « n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a « pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin « d'autorisation » (Pothier, *Puissance du mari*, n° 3). Devenue épouse et mère, la femme peut acquérir, au même degré qu'un homme, l'intelligence et l'expérience des affaires. Comme le disait Paul Gide, son état n'est donc pas un état d'*incapacité*, c'est un état de *dépendance* (*Condition privée de la femme*, 2e édit., p. 371). La femme n'est pas incapable parce qu'elle est *femme*, mais parce qu'elle est mariée. Le motif de son incapacité se trouve dans les droits que le mariage a conférés à son mari.

Il faut préciser davantage. L'autorité du mari est à la fois une puissance sur la *personne* de sa femme et une puissance sur ses *biens*. Pothier rattache l'incapacité de la femme à la première ; c'est même le seul effet qu'il indique pour la puissance sur la personne. Tous nos interprètes modernes font comme lui : ils supposent que si la femme agit sans l'autorisation de son mari, elle méconnaît son autorité et que celui-ci a le droit de demander la nullité de ses actes *pour un intérêt moral*, pour faire respecter sa puissance méconnue, et alors même qu'il n'y trouverait aucun profit pécuniaire. — Il serait plus juste de dire, comme le fait Laurent, que la nullité des actes de la femme n'a pas d'autre raison d'être que les droits qu'elle a accordés à son mari sur ses biens. Elle ne peut pas compromettre ces droits par les actes qu'elle fait, et si le mari peut ne tenir aucun compte des actes de sa femme non autorisés par lui, ce n'est pas comme seigneur et maître, mais comme conjoint et comme père, car les conventions matrimoniales intéressent les enfants comme lui-même (Laurent, *Avant-projet*, p. 144). Seulement si l'on voulait réduire ainsi la conception de l'incapacité des femmes mariées, il n'y aurait plus lieu de les déclarer *incapables*, il suffirait de décider que leurs actes faits sans le consentement de leurs maris ne seraient pas *opposables* à ceux-ci.

***928. Différence entre le Code Napoléon et l'ancien droit.** — Autant qu'on peut en juger par l'état des textes, puisque ses auteurs ont négligé de s'expliquer, le Code ne s'en est pas tenu au principe ancien. Pothier disait très clairement : « La nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée

« que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne « permet à sa femme de rien faire que dépendamment de lui. » — Les conséquences de ce principe seraient faciles à déduire.

1° Le mari seul devrait avoir le droit de faire annuler l'acte irrégulier. L'ancienne jurisprudence avait bien reconnu ce droit à tout intéressé, mais c'était par suite du caractère solennel que l'on avait donné à l'autorisation : le défaut de solennité rendait l'acte absolument nul. Du moment où l'on abandonnait toute forme solennelle, la restriction de l'action en nullité au profit exclusif du mari s'imposait.

2° La ratification du mari donnée après coup devrait suffire à valider définitivement l'acte de sa femme.

3° Un mari même mineur devrait pouvoir autoriser sa femme.

Le Code civil n'ayant admis aucune de ces trois solutions, nous devons reconnaître que, dans son système, l'incapacité de la femme est fondée à la fois sur le désir de faire respecter l'autorité du mari, et sur une pensée de protection pour la femme. En effet, l'art. 1124 range la femme mariée parmi les incapables, à côté des fous et des enfants. — C'est une conception bâtarde qui n'a recueilli que des critiques, et qui les mérite.

929. Systèmes étrangers. — CODE ITALIEN. — En Italie l'art. 134 du Code civil semble la reproduction du texte français : la femme ne peut donner, aliéner ses immeubles, les hypothéquer, emprunter, céder ou toucher ses capitaux, s'engager comme caution, transiger ni ester en justice pour ces différents actes sans l'autorisation de son mari. Il y a cependant une différence radicale entre le système italien et le nôtre. L'incapacité de la femme et la nécessité de l'autorisation ne sont plus en Italie que des *exceptions*. La femme est capable d'agir seule en dehors des cas prévus ; sa capacité n'est même pas bornée aux actes de pure administration, elle peut aliéner son mobilier corporel, donner un meuble quelconque en gage, etc.

CODE ROUMAIN. — En Roumanie, l'incapacité de la femme mariée suit des règles très voisines des nôtres : même système d'autorisation par le mari ou par justice, même exception pour la capacité de la femme séparée de biens (art. 246 et suiv. C. civ. roumain). Comp. ALEXANDRESCO, p. 116.

B. — Étendue de l'incapacité.

930. Sa généralité. — L'incapacité dont la femme mariée est frappée est très étendue, car il n'y a qu'un petit nombre d'actes (ci-dessous, n°s 937 à 943) qu'elle puisse faire seule. Pour elle, comme pour le mineur, l'incapacité est la règle, la capacité l'exception.

Cet état d'incapacité complète représente la vraie tradition de la France coutumière. « Femme mariée ne peut *aucunement* contracter... », disait l'art. 194 de la coutume d'Orléans. Comp. art. 223 cout. de Paris.

CHOIX D'UNE PROFESSION. — L'incapacité de la femme mariée ne concerne pas seulement les *actes juridiques particuliers*, comme la conclusion d'un contrat déterminé ou l'exercice d'une action en justice, mais aussi et surtout *le choix d'une profession*. En sa qualité d'incapable, soumise pour sa personne même à l'autorité du mari et obligée de résider chez lui, la femme ne saurait exercer d'une manière sérieuse une profession indépendante sans l'assentiment de celui qui est son maître de par la loi. Telle est la tradition certaine de notre

droit. Une femme ne peut donc être ni commerçante, ni avocat, ni médecin, ni artiste dramatique, sans la permission de son mari (DALLOZ, *Suppl.*, v° Théâtre, n° 64). Cependant on a soutenu que la loi du 1er décembre 1900, qui a ouvert aux femmes l'accès du barreau, a dérogé implicitement aux principes du Code civil, parce que c'est une loi de droit public. Cette loi n'a rien dit de tel : une femme peut être avocat, cela veut dire que son sexe ne lui interdit plus cette profession ; mais, si elle est mariée, on n'a touché en rien aux prérogatives du mari. Que serait la profession d'avocat, exercée par une femme que son mari pourrait emmener inopinément le jour où une affaire doit se plaider? Et que serait la puissance maritale le jour où une femme pourrait se choisir à son gré une profession aussi indépendante que celle-là? Et pourquoi cette seule profession et pas les autres? Il y aurait même raison de rendre aux femmes leur liberté pour une profession quelconque. — Remarquons que la loi du 13 juillet 1907, qui a donné aux femmes mariées la libre disposition de leur salaire, ne leur a pas accordé le gouvernement de leur personne et ne leur a pas permis d'entreprendre le commerce quand elles ont des fonds à leur disposition. Mais la question est discutée (PICHON, *Revue critique*, 1908, p. 84 et suiv. ; VALÉRY, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 307).

***931. Sa durée.** — L'incapacité de la femme, tenant à sa situation subordonnée dans le mariage, persiste en principe tant que le mariage n'est pas dissous. Cependant la *séparation de corps* suspend la puissance maritale et, tant que cette séparation dure, la femme majeure recouvre sa pleine capacité civile (1) ; mais ce cas est le seul : ni la *folie*, ni l'*interdiction* du mari, ni son *état d'absence*, ne relèvent la femme de son incapacité.

932. Ses limites variables. — L'incapacité de la femme est l'effet naturel du mariage, mais le *régime matrimonial* (2) adopté par les époux exerce une forte influence sur elle. Ceci est extrêmement remarquable : c'est le seul cas dans notre droit où les particuliers puissent par leurs conventions modifier leur capacité personnelle ; partout ailleurs l'aptitude juridique des personnes à agir valablement est réglée par la loi et non pas par elles-mêmes. Du reste la liberté des parties se meut dans certaines limites rigoureusement déterminées. Il existe une situation normale pour les femmes mariées : c'est celle qui est décrite par la loi dans les art. 215 à 226 et qui s'applique aux femmes mariées sous le régime de la communauté. Ces dispositions forment une espèce de thème que les conventions matrimoniales peuvent varier, soit pour aggraver l'incapacité de la femme par le système de la *dotalité*, qui rend la dot inaliénable, soit pour la restreindre, en laissant à la femme l'administration de ses biens (régime de séparation de biens ; paraphernaux sous le régime dotal). Ces modifications conventionnelles de l'incapacité légale des femmes mariées seront étudiées au t. III à propos du contrat de mariage.

(1) Ceci est l'effet d'une réforme opérée en 1893. Le texte primitif du Code, conforme aux traditions antérieures, maintenait l'incapacité de la femme même au cas de séparation de corps (ci-dessous, n° 1322).

(2) On appelle *régime matrimonial* le règlement contenu dans le *contrat de mariage* pour les intérêts pécuniaires des époux. Il existe plusieurs régimes matrimoniaux entre lesquels s'exerce le choix des parties. Les principaux types sont la *communauté*, la *séparation de biens* et le *régime dotal*.

1° Actes pour lesquels la femme a besoin d'autorisation.

933. **Obligations conventionnelles. — C'est par là qu'il faut commencer : l'incapacité d'une personne est l'impossibilité où elle se trouve de faire des actes juridiques valables, et en première ligne se trouvent les contrats. Cependant l'art. 217, qui énumère les principaux actes interdits aux femmes mariées, ne leur défend pas de s'obliger par des conventions. L'art. 234 de la coutume de Paris le disait formellement : « Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari... » On a supprimé le mot, malgré les réclamations du Tribunat, parce qu'il est certaines obligations dont les femmes peuvent être valablement tenues sans l'autorisation de leurs maris ; l'incapacité de s'obliger n'étant pas complète, on a craint qu'on ne tirât de ce mot des conclusions exagérées. Il eût mieux valu le laisser figurer dans l'énumération, sauf à indiquer ensuite les exceptions. Du reste, le principe n'est pas douteux : en général la femme non autorisée ne peut pas contracter d'obligations valables. Cela résulte à l'évidence de l'art. 220 qui permet par exception à la femme commerçante de s'*obliger* pour son négoce sans l'autorisation de son mari. De plus, quand ils arrivèrent au Titre *Des Obligations*, les rédacteurs de la loi ne pensèrent plus au scrupule qui les avait arrêtés, et ils déclarèrent les femmes mariées incapables de contracter des obligations (art. 1124 et 1125).

L'impossibilité de s'obliger comprend toutes les conventions depuis les contrats de simple administration, comme le *bail*, les *marchés* de réparation ou de fournitures, jusqu'aux actes les plus dangereux, comme le *prêt*, l'*emprunt*, le *cautionnement*, la *transaction*. — Elle entraîne en outre l'incapacité d'*accepter une succession* (art. 776), car l'acceptation d'une succession est une manière de contracter d'un seul coup une masse considérable d'obligations, à savoir toutes celles qui grevaient le défunt.

934. **Aliénations et créations de droits réels. — ALIÉNATIONS. — L'art. 217 dit que la femme ne peut ni *donner* ni *aliéner*. Le second mot eût suffi, car la *donation* n'est qu'un cas particulier d'aliénation : c'est l'aliénation à titre gratuit. Quant aux aliénations à titre onéreux, leurs espèces les plus usitées sont la *vente*, l'*échange* et le *paiement*. Celui qui paie aliène l'argent ou la chose qu'il donne à son créancier. Aussi l'art. 1238 exige que l'auteur du paiement soit capable d'aliéner. D'autres aliénations, plus ou moins avouées, se retrouvent dans les *partages*, dans les *transactions*, dans les *désistements*. Enfin il est une aliénation d'un genre spécial. C'est la *renonciation à une succession ouverte*. Elle fait perdre à l'héritier la propriété entière des biens du défunt, qui lui était déjà acquise de plein droit par l'effet de la dévolution héréditaire. — L'impossibilité d'aliéner s'étend à

tous ces actes. Elle empêche d'ailleurs la femme d'aliéner un bien quelconque, *meuble* ou *immeuble*, *corporel* ou *incorporel*.

Démembrements de propriété. — « Aliéner », c'est transmettre la propriété de son bien à autrui, « rem suam alienam facere ». A côté de l'aliénation totale, il y a les *aliénations partielles* qui sont seulement des démembrements de la propriété : constitution de *servitudes*, d'*usufruit*, et de *tous autres droits réels démembrés de la propriété*. La loi n'en a pas parlé, mais il n'est pas douteux que tous ces actes soient interdits à la femme sous le nom général d'aliénations : la capacité exigée pour les faire est la même.

Hypothèques. — Enfin l'incapacité d'aliéner a pour conséquence l'incapacité d'*hypothéquer* (1). L'art. 217 le dit formellement, et on eût facilement suppléé à son silence avec l'art. 2124 qui ne permet la constitution d'une hypothèque qu'à ceux qui ont la capacité d'aliéner l'immeuble.

***935. Acquisitions.** — L'art. 217 défend à la femme mariée d' « acquérir à titre gratuit ou onéreux ». Il peut sembler étrange que la loi ait songé à défendre aux femmes d'*acquérir*, car, suivant l'expression romaine, celui qui acquiert rend sa condition meilleure ; et cependant, une fois l'incapacité admise, l'interdiction d'acquérir se comprend parfaitement. D'abord les acquisitions à titre onéreux ne vont jamais sans une *aliénation* ou une *obligation* qui en forme la contre-partie. Ainsi celui qui achète s'engage à payer le prix, ou le verse immédiatement ; celui qui échange donne quelque chose à la place de ce qu'il reçoit, etc. Quant aux acquisitions à titre gratuit, par don ou par legs, elles sont souvent *grevées de charges* qui constituent autant d'obligations, et fussent-elles absolument nettes et quittes, la morale exige qu'un mari connaisse et approuve les cadeaux et libéralités que des tiers font à sa femme (art. 934).

L'incapacité d'acquérir empêche les femmes mariées de recevoir valablement seules les sommes d'argent qui leur sont dues. Elles sont incapables de *recevoir un paiement* et d'en donner quittance, aussi bien pour des *revenus* que pour des *capitaux*.

****936. Exercice des actions en justice.** — L'incapacité de la femme en matière judiciaire est traitée à part dans les art. 215 et 216. La règle est qu'elle ne peut pas *ester en jugement* sans autorisation. « Ester en jugement » est une vieille formule qui vient de *stare in judicio* et qui veut dire *plaider*. La règle s'applique quel que soit le rôle de la femme dans l'affaire, *demanderesse* ou *défenderesse* ; quelle que soit la nature de la contestation, et quel que soit le tribunal saisi, même devant le jury d'expropriation

(1) L'hypothèque est un droit réel donné à un créancier pour la garantie de sa créance qui lui permet de faire saisir et vendre le bien hypothéqué pour se payer sur le prix par préférence à tous autres créanciers et quand même ce bien serait passé aux mains d'un tiers acquéreur. Sauf exception pour les navires, l'hypothèque ne peut être établie que sur les immeubles.

(Cass., 9 mars 1896, D. 96. 1. 152). Voir les exceptions au nº 942 ci-dessous. Deux points sont à remarquer.

1º La loi empêche la femme de plaider sans autorisation, *alors même qu'elle aurait eu capacité pour faire seule l'acte qui donne lieu à la contestation*, soit qu'elle ait agi comme femme séparée de biens, soit qu'elle ait agi comme marchande publique. Ainsi la capacité de contracter sur une matière ne donne pas la capacité de plaider. Une femme séparée de biens peut donner à bail ses immeubles ; elle ne peut pas assigner ses locataires en paiement.

Système bizarre assurément et que rien ne peut justifier. Au temps des coutumes, la femme séparée de biens avait capacité pour plaider relativement aux actes d'administration qu'elle faisait seule (*Cout. de Paris*, art. 224 ; POTHIER, *Puissance du mari*, nº 61). Pour les femmes marchandes publiques, Pothier pensait que l'on devait refuser cette faculté parce que le commerce était entrepris par la femme en vertu d'une autorisation du mari et que cette autorisation, donnée pour contracter, ne devait pas s'étendre au droit d'ester en justice. — La loi du 13 juillet 1907, art. 6, a abandonné ce système et permis à la femme de plaider pour ses biens réservés (ci-dessous, nº 942).

2e L'incapacité de plaider s'étend-elle au *préliminaire de conciliation?* Non. Ce préliminaire ne fait pas partie de l'instance ; le procès n'est pas encore commencé. Mais il a pour but d'amener soit une *transaction*, soit un *désistement* ou un *acquiescement*. Dès lors la question de savoir si la femme peut y figurer sans autorisation dépend de la nature de l'affaire : est-ce un droit dont elle ait la disposition, en qualité de femme séparée ou de commerçante? Elle n'a pas besoin d'être autorisée pour y venir. Au cas contraire il lui faudra une autorisation comme pour toute autre convention ou traité amiable sur le droit contesté ; c'est l'effet, non de son incapacité de plaider, mais de son incapacité d'aliéner et de s'obliger.

2º Actes pour lesquels la femme n'a pas besoin d'autorisation.

***937. Actes de puissance paternelle.** — Dans le cas où la femme en a l'exercice, la puissance paternelle la rend indépendante de son mari ; ce ne serait pas avoir cette puissance que d'être soumis à la volonté d'un autre pour l'exercer. Sur les enfants nés du mariage, la loi en réserve l'exercice au mari seul ; la femme ne le possède *qu'à défaut du mari*, c'est-à-dire quand celui-ci est *interdit*, *absent* ou *déchu*.

Une telle circonstance n'est pas nécessaire pour les enfants que la femme a eus d'une précédente union : son mari actuel n'a pas de droits sur eux ; elle seule possède à leur égard la puissance paternelle ; elle seule peut *autoriser leur mariage* ou *s'y opposer*, les *émanciper*, etc. — Sa puissance paternelle lui permet d'*accepter les donations* offertes à ses enfants du premier lit (art. 935). Incapable d'accepter pour elle-même, elle peut autoriser une acquisition qui n'est pas pour elle.

La puissance paternelle de la femme sur les enfants qui n'appartiennent pas à son mari produit encore une autre conséquence : elle lui permet de *reconnaître seule un enfant naturel* qu'elle aurait eu avant son mariage (art. 337). Cette reconnaissance aura pour résultat d'obliger la femme à nourrir et à élever l'enfant, mais ces obligations dérivent de la filiation et non de la reconnaissance, qui n'en est que le mode de preuve.

937 *bis*. **Gestion d'une tutelle.** — Depuis que la loi du 2 juillet 1907 a rendu les femmes capables d'être tutrices quand il s'agit d'un enfant naturel, une femme mariée peut être investie de cette fonction, car la loi précitée ne distingue pas entre les femmes mariées et celles qui ne le sont pas. La femme exerçant alors une puissance qui lui appartient en propre n'a pas besoin d'être autorisée par son mari. Cette fonction comporte pour la femme une responsabilité personnelle qui l'oblige valablement sur ses biens propres et qui grève ceux-ci de l'hypothèque légale, le tout sans que le mari ait aucun moyen de s'y opposer.

***938. Testament.** — Le testament ne produit d'effets que pour le moment où la femme sera morte, c'est-à-dire à une époque où la puissance maritale n'existera plus ; le testament fait par la femme ne porte donc aucune atteinte à l'autorité de son mari. De plus, le testament doit être l'œuvre libre du testateur, et l'influence d'une volonté étrangère à la sienne ne pourrait que le vicier. La femme fera donc son testament sans autorisation du mari (art. 226 et 905). Pour la même raison, la femme peut révoquer un testament déjà fait, ou même une donation faite par elle à son mari, car les donations entre époux sont révocables (art. 1096, al. 2).

La capacité de tester entraîne pour la femme le droit de régler librement le mode de ses obsèques et le lieu de sa sépulture (L. 15 novembre 1887 ; Décr. 27 avril 1889).

***939. Actes conservatoires.** — On appelle ainsi des actes qui ont pour unique effet de conserver un droit, sans rien ajouter aux obligations ni aux charges de la personne qui les fait. Il est de principe que les actes conservatoires peuvent être faits par les incapables. On peut citer comme exemples l'interruption d'une prescription, l'apposition des scellés après un décès, l'inscription d'une hypothèque, la transcription d'une donation ou d'une vente régulièrement conclues.

****940. Obligations délictuelles.** — Malgré la règle qui interdit à la femme de s'obliger sans l'autorisation de son mari, il y a des obligations qu'elle peut contracter seule : ce sont toutes celles qui naissent d'un fait illicite ou *délit*. Il faut entendre par là d'abord tous les délits du droit criminel, ceux qui sont frappés d'une *peine*, mais il ne faut pas s'en tenir là. On doit y comprendre aussi les faits illicites réprimés uniquement par le droit civil, comme le *dol* et la simple *faute* (délits civils et quasi-délits), qui n'entraînent d'autre conséquence que l'obligation d'indemniser celui qui en a souffert. C'est une vieille règle du droit que *les incapables eux-mêmes*, dès qu'ils ont le discernement de leurs actes, *s'obligent pleinement par leurs délits*. Le droit romain appliquait cette règle aux esclaves ; nous l'appliquons aux mineurs et aux femmes mariées (art. 1310 pour les mineurs ; pour les femmes le texte manque).

Cette règle peut empêcher la femme de faire annuler un contrat passé par elle sans autorisation, lorsqu'elle s'est présentée faussement comme étant non mariée ou séparée de corps, soit qu'elle ait employé des manœuvres frauduleuses, soit que par ses agissements géminés et prolongés elle ait laissé l'autre partie dans l'erreur. Il y a là de sa part un délit qui l'engage, et la réparation la plus exacte qu'elle puisse offrir à l'autre partie, c'est de

s'abstenir d'attaquer le contrat (Cass., 28 mars 1888, D. 88. 1. 361, S. 91. 1. 294). Il a été jugé, par analogie avec l'art. 1307, qu'une simple déclaration de capacité de sa part ne serait pas suffisante pour produire cet effet (Besançon, 5 avril 1879, D. 80. 2. 6, S. 80. 2. 101); voyez cependant Cass., 3 juin 1902, D. 1902. 1. 452.

***941. Obligations nées de la loi.** — Toutes les fois qu'une obligation peut prendre naissance de plein droit, d'après la loi et à raison d'une circonstance involontaire de la part de l'obligé, la femme s'en trouvera tenue, s'il y a lieu, sans qu'on ait à s'inquiéter du consentement de son mari. Telles seraient les obligations nées d'un *enrichissement sans cause*, acquis par la femme, ou d'une *gestion d'affaires*, entreprise à son profit par un tiers. Le motif est le même que pour les obligations délictuelles; ces obligations naissent indépendamment de la volonté de l'obligé.

***942. Actions en justice.** — DÉFENSE EN MATIÈRE CRIMINELLE. — Par dérogation à l'art. 215, qui interdit à la femme d'ester en justice sans autorisation, l'art. 216 dit que cette autorisation « n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en *matière criminelle ou de police* ». Cette dernière expression comprend à la fois la police correctionnelle et la simple police, de sorte que l'exception est générale et a lieu, qu'il s'agisse de *crimes*, de *délits*, ou de *contraventions*.

Pour quel motif permet-on à la femme de plaider sans être autorisée? C'est que la personne poursuivie en matière pénale ne peut empêcher la poursuite d'avoir lieu; aucun arrangement n'est possible avec le ministère public quand il est décidé à agir : le procès suivrait son cours et la femme serait condamnée par défaut. Elle a donc toujours intérêt à se défendre pour échapper à la condamnation, ou tout au moins pour la faire atténuer. Par conséquent, l'autorisation ne devant jamais être refusée à la femme, il était plus simple de la dispenser de la demander. Au contraire, dans les affaires civiles, le défendeur fait souvent mieux de transiger, ou même d'acquiescer purement et simplement à la demande dirigée contre lui, quand elle est fondée, plutôt que de perdre son temps et son argent à plaider quand son procès est perdu d'avance. On conçoit donc que le mari ait, dans les procès civils, un droit de contrôle sur la résistance de sa femme, droit qui ne lui appartient pas au criminel. — Il est bon d'ajouter que, dans la plupart des cas, le mari a l'*exercice* des actions appartenant à la femme. Il n'a donc pas à l'autoriser; c'est lui-même qui plaide comme représentant de sa femme.

L'action contre laquelle la femme se défend valablement sans autorisation est l'*action publique*, celle qui est exercée au nom de la société par le ministère public et qui tend à faire prononcer contre elle une condamnation pénale. Or la plupart du temps les délits font naître au profit de la victime, une autre action, dite *action civile*; la femme a-t-elle besoin d'être autorisée pour résister à cette demande d'indemnité? On distingue. Si la personne lésée la poursuit, comme elle en a le droit, en même temps que le ministère public et devant la juridiction répressive, la femme n'a pas besoin d'autorisation, car elle a qualité pour défendre à l'action la plus importante à laquelle la seconde est jointe. En se défendant contre l'une, elle se défend contre l'autre. Si au contraire la victime du délit porte son action séparément *devant le tribunal civil*, la femme doit être *autorisée pour plaider*, car il n'est plus vrai de dire alors qu'elle est poursuivie « en matière pénale ».

Il y a des doutes dans deux cas particuliers.

1° La partie lésée use du droit de *citation directe* et poursuit à elle seule la femme sans que l'action publique soit exercée; mais au cours de l'audience le ministère peut requérir une peine contre elle. Aussi la solution traditionnelle est-elle qu'en pareil cas la femme n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre (POTHIER, *Puissance du mari*, n° 65. Comp. Cass.

crim., 31 mai 1816). Cependant voyez AUBRY et RAU, § 472, nº 1, p. 140, note 14; HUC, t. II, nº 244.

2º La femme, poursuivie criminellement, oppose pour sa défense une *question préjudicielle* qui est de la compétence des tribunaux civils (exemple dans l'art. 182 C. for.). On admet qu'elle a besoin d'être autorisée pour plaider sur cette question au civil (Cass., 20 mai 1846, D. 46. 1. 205).

ACTIONS RELATIVES AUX BIENS RÉSERVÉS. — La femme peut ester en jugement dans toutes les contestations relatives aux droits que lui a accordés la réforme de 1907 (L. 13 juillet 1907, art. 6). Voyez ci-dessous, nº 948.

ACTIONS RELATIVES AU BIEN DE FAMILLE. — Voyez la loi du 12 juillet 1909, art. 16, al. 3.

***943. Dépôts et retraits aux caisses d'épargne.** — La loi du 9 avril 1881, art. 6, permet aux femmes mariées de se faire donner un livret de caisse d'épargne, d'opérer des dépôts et même des retraits de fonds, sans l'autorisation de leur mari (Comp. L. 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites sur la vieillesse, art. 13, al. 4). Dans la pensée de leurs auteurs, ces textes ne devaient pas porter atteinte au principe du Code civil sur la nécessité de l'autorisation maritale; ils ont formellement déclaré que la femme qui fait ces dépôts avec de l'argent appartenant à la communauté, agissait non point en son nom propre, mais comme mandataire de son mari en vertu d'un *mandat tacite* (Comp. PLANIOL, *Revue critique*, 1882, p. 42). Peu importe alors sa capacité personnelle, un incapable pouvant servir de mandataire. On réserve du reste au mari le droit de faire *opposition au retrait des fonds.*

Mais, dans la pratique, on s'est sensiblement écarté de cette idée de mandat. Les caisses d'épargne, avec le formalisme nécessaire pour assurer la régularité de leurs opérations, ne connaissent pas d'autre créancier que celui qui est inscrit sur le livret. Elles ne peuvent se faire juges des droits et des pouvoirs du mari sur les sommes déposées par sa femme. Dès lors on a vu les dépôts faits par les femmes mariées se développer avec les caractères d'une institution indépendante des règles traditionnelles. Ainsi l'opposition, que la loi réserve au mari, ne fut pas reçue sous une forme quelconque, comme le serait la *révocation d'un mandat*; les caisses d'épargne exigèrent une *opposition en règle*, comme celle que pourrait faire un créancier : voilà donc le mari, véritable propriétaire légal des sommes déposées par sa femme, assimilé à un étranger qui cherche à se faire assimiler des deniers qui ne lui appartiennent pas (1). Aussi constate-t-on dans la pratique que le nombre des oppositions faites par le mari est très faible (2). Les controverses ont pris fin par la loi du 20 juillet 1895, dont l'art. 16 a réglé d'une manière spéciale les conséquences d'une opposition formée par le mari (3).

D'un autre côté, si le mari peut s'opposer au *retrait*, il n'a aucun moyen de s'opposer au *dépôt*. De sorte que la femme peut puiser librement dans la caisse commune pour thésauriser et opérer une sorte de mainmise sur des valeurs dont la gestion ne lui appartient pas. On est ainsi tout près de reconnaître à la femme un *droit propre* sur les sommes portées sur son livret.

(1) Sur ce point les caisses d'épargne et l'administration avaient dépassé leurs pouvoirs : il ne peut dépendre d'elles de modifier le régime de communauté qui est établi par une loi (Trib. de Louviers, 5 mars 1892, D. 1900. 2. 126 en sous-note).

(2) Dans les Caisses d'épargne ordinaires, de 1882 à 1894, 385 oppositions ont été signifiées ; ce qui donne une moyenne de 1 opposition par 1 313 comptes, mais la proportion vraie est encore plus faible, parce qu'il faut tenir compte des livrets dont le règlement n'a point été demandé. Voir sur tous ces points la thèse de M. AFTALION, Paris, 1898.

(3) L'opposition faite par le mari est dénoncée à la femme par lettre recommandée, et celle-ci a un mois pour se pourvoir devant la justice ; passé ce délai, le mari peut retirer seul les sommes déposées par sa femme, pourvu que son contrat de mariage lui en donne le droit. Sur le retrait des fonds par le mari, voyez Dijon, 20 déc. 1905, D. 1906. 2. 327.

3° Extensions exceptionnelles de la capacité des femmes mariées.

****944. Femmes séparées de biens.** — La séparation de biens est un régime qui consiste : 1° à séparer les deux patrimoines du mari et de la femme de façon à empêcher la communauté de s'établir entre eux ; 2° à laisser à la femme l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle. Par conséquent la femme séparée peut faire tous les actes dits d'*administration* (baux, perceptions de loyers, ventes de récoltes, marchés pour l'entretien des immeubles), par opposition aux actes plus graves, dits *actes de disposition* (ventes, constitutions d'hypothèques ou de servitudes, etc.). Elle a ainsi une *demi-capacité*, bornée aux actes d'administration et par suite analogue à celle du mineur émancipé.

Ce régime existe dans trois cas : 1° quand la femme l'a adopté par son contrat de mariage, comme régime matrimonial (*séparation conventionnelle*) ; 2° quand la femme, mariée d'abord sous un autre régime, a obtenu contre son mari un jugement de séparation de biens (*séparation judiciaire*) ; 3° sous le régime dotal, la femme est réputée séparée de biens pour tout ce qui concerne ses *paraphernaux* (biens extra-dotaux).

945. Femmes séparées de corps. — D'après le Code Napoléon, les femmes séparées de corps se trouvaient dans la même situation que les précédentes : elles étaient simplement séparées de biens. Une loi du 6 février 1893 les a totalement affranchies de la puissance maritale ; elles n'ont plus jamais besoin d'autorisation. Voyez ci-dessous, n°s 1321 à 1323.

Séparations de fait. — Un grand nombre de ménages se séparent à l'amiable, sans jugement. La femme reste alors incapable : elle n'est pas régulièrement séparée. Cependant un arrêt a admis, à titre exceptionnel, la validité d'opérations faites par elle dans une société de crédit à raison de circonstances particulières (Cass., 8 nov. 1905, S. 1907, 1. 145, et la note de M. Hémard). Comp. t. III, n° 1462 *bis*.

***946. Femmes commerçantes.** — Une femme n'est pas commerçante quand elle aide son mari dans son commerce. Beaucoup de femmes sont dans ce cas : leur situation est celle d'un commis, d'un simple employé du mari, dont elles ne font, comme dit l'art. 220, que « détailler les marchandises ». En pareil cas, le mari seul est commerçant (Montpellier, 5 mai 1906, D. 1906. 2. 217, P. et S. 1908. 2. 6) et la femme, par suite, ne pourrait pas être mise en faillite.

La femme est commerçante uniquement quand elle exerce « *un commerce séparé* » (art. 220, al. 2). La coutume de Paris exigeait un commerce autre que celui du mari (art. 235) ; cela n'est pas nécessaire : le genre de commerce peut être le même : il suffit que l'entreprise commerciale de la femme soit distincte.

Quand la femme est commerçante, elle obtient une *capacité presque entière*. Elle peut s'obliger, louer un magasin, vendre, acheter, emprunter, accepter des traites, aliéner même ses immeubles pour se procurer de l'argent, et les hypothéquer (art. 7 C. com.). Sa capacité ne souffre plus qu'une restriction : elle ne peut pas sans autorisation *former une société* commerciale avec un tiers. Ceci a été admis sans texte pour des raisons de convenance.

Du reste, cette capacité extraordinaire n'est accordée à la femme commerçante que « *pour ce qui concerne son négoce* » (art. 220). Les actes étrangers à son commerce restent soumis à la nécessité de l'autorisation.

947. Femmes transportées. — D'après le décret du 31 août 1878, art. 12, qui règle la condition des *transportées concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires*, la femme mariée, qui subit la transportation et qui a obtenu une concession de terre, peut

faire seule tous les actes d'*administration*, d'*exploitation* et de *jouissance*, *si son mari ne réside pas dans la colonie;* pour les actes de disposition, elle a toujours besoin d'être autorisée par son mari ou par justice.

948. Femmes exerçant un métier personnel. — Depuis longtemps des tentatives étaient faites pour accorder à la femme la libre disposition de son salaire, quand elle est ouvrière ou employée, et pour soustraire à la dissipation du mari l'argent gagné par elle (Basset et Guntzberge, *thèses*, Paris, 1896, et Lucien Leduc, Paris, 1898; *Bulletin* de la Société d'études législatives, 1902). Ces propositions ont abouti à la loi du 13 juillet 1907, qui réserve à la femme, sous tous les régimes et nonobstant toute clause contraire dans le contrat de mariage, la libre disposition du produit de son travail, des économies qui en proviennent et même des biens qu'elle peut acheter avec ces économies. Relativement à ces sommes et valeurs, la femme mariée est désormais entièrement indépendante de son mari, sauf une exception relative aux donations entre vifs. En cas d'abus de sa part, la loi accorde au mari le droit de faire retirer à sa femme, en tout ou en partie, par le tribunal civil, les pouvoirs qui lui sont conférés par la nouvelle loi (L. 13 juillet 1907, art. 1 et 2). Pour les détails, voyez le t. III, n° 1045. Cette réforme bouleverse profondément tous les principes de notre droit matrimonial. Pour la juger, il faut attendre les résultats qu'elle donnera dans la pratique.

§ 4. — *Autorisation des femmes mariées.*

****949. Habilitation par autorisation du mari ou de justice.** — L'incapacité de la femme n'est pas irrémédiable comme celle du fou ou de l'enfant en bas âge; on n'a pas besoin de lui substituer quelqu'un pour la *représenter*. Elle peut *agir elle-même*, avec l'*autorisation* de son mari, et, si le mari refuse de l'autoriser ou est hors d'état de le faire, elle peut s'adresser au tribunal qui l'autorisera. L'autorisation maritale, ou à défaut celle de la justice, suffit toujours, quelle que soit la gravité de l'acte.

***950. A quel moment doit être donnée l'autorisation.** — L'autorisation dont la femme a besoin doit lui être donnée *avant* l'accomplissement de l'acte, ou au plus tard *au moment même* où cet acte s'accomplit. Après ce moment il ne pourrait plus être question d'*autoriser* l'acte. Le consentement du mari, quand il est donné après coup, ne peut valoir que comme *ratification*, et il ne produit pas les mêmes effets.

Cependant, quand il s'agit d'*autorisation de plaider*, la jurisprudence admet que le consentement du mari intervient utilement au cours de l'instance et valide la procédure antérieure. L'*autorisation de plaider en appel* produit le même effet pour la procédure de première instance.

A. — De l'autorisation du mari.

***951. Formes anciennes.** — Au XVIIIe siècle on distinguait entre deux espèces d'actes. Pour les *contrats* et autres actes extrajudiciaires, l'autorisation maritale devait être *expresse* et donnée par écrit. Il ne suffisait pas que le mari eût connu et approuvé l'acte de sa femme, ni même qu'il y eût pris part en même temps qu'elle ; il fallait une autorisation écrite, et on s'attachait tellement aux formes, que s'il n'était pas dit dans l'acte d'autorisation que le mari *autorisait* sa femme, l'acte de celle-ci était nul ; le mot « autoriser » était sacramentel (POTHIER, *Puissance du mari*, nos 67-70) et il n'y avait que le mot « habiliter » qu'on considérât comme équipollent. A l'inverse, pour les *instances en justice* on n'admettait pas l'autorisation expresse : le mari ne pouvait pas autoriser d'avance sa femme à plaider ; il était nécessaire qu'il figurât « en qualité » dans l'instance conjointement avec elle (POTHIER, *op. cit.*, no 75). C'est cette antithèse traditionnelle entre deux catégories d'actes qui explique la présence de deux articles différents dans le Code civil pour régler l'incapacité de la femme (art. 215 et 217), l'un en matière judiciaire, l'autre en matière extrajudiciaire.

***952. État actuel du droit.** — Il est admis aujourd'hui que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'autorisation peut être soit *expresse*, soit *tacite*.

Pour les *instances en justice* le changement est le résultat d'une correction faite à la légère ; on peut affirmer qu'il n'a pas été voulu par les auteurs de la loi. Le texte du projet disait : « La femme ne peut ester en jugement sans l'*assistance* de son mari » ; c'était la reproduction pure et simple de l'ancien sytème. Boulay fit remarquer que le mot *assistance* figurait déjà, trois articles plus haut, avec un autre sens, dans l'énumération des devoirs des époux, et qu'il valait mieux lui substituer le mot *autorisation*. La critique n'était pas sérieuse, car, dans les deux articles, le sens technique du mot, quoique différent, était fort clair. Le changement fut fait sans réflexion et voilà pourquoi on se contente aujourd'hui d'une autorisation préalable donnée par écrit, au lieu d'une assistance réelle de la femme par le mari, pendant la durée de l'instance.

***953. Autorisation expresse.** — Pour les contrats et autres actes extrajudiciaires, le Code exige en principe une autorisation *par écrit*. On ne doit donc pas considérer comme suffisante une autorisation donnée verbalement, alors même que les parties auraient les moyens de la prouver par témoins, soit parce que l'intérêt en litige ne dépasse pas 150 fr. (art. 1341), soit parce qu'il en existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Ce n'est pas d'une question de preuve qu'il s'agit : la loi détermine ici, non pas les moyens de prouver une autorisation donnée sous une forme quelconque, mais bien la forme dans laquelle l'autorisation doit être donnée ; l'écrit est ce qui constitue l'autorisation, et la manifestation purement verbale de la volonté n'en est pas une. En d'autres termes, il reste quelque chose de l'ancien caractère solennel de l'autorisation maritale, mais le droit nouveau, moins formaliste que l'ancien, se contente de la constatation écrite du consentement : peu importent les termes employés, si la volonté du mari est clairement manifestée.

La loi n'a pas indiqué la nature de l'écrit ; elle n'exige pas l'authenticité. Par conséquent un écrit quelconque est valable ; au besoin même une *simple lettre missive* suffirait. — Cette facilité doit appartenir au mari alors

même que l'acte projeté par la femme devrait être reçu par un notaire et serait un acte solennel, comme une donation entre vifs ((art. 931). L'acte notarié n'est nécessaire que pour constater le consentement de la personne qui donne ; or, cette personne est la femme et non le mari.

La loi du 8 juin 1893 a établi des formes spéciales pour les autorisations maritales données au cours d'un voyage maritime ou par les militaires en campagne. — Sur les autorisations données par mandataire, voyez Cass., 27 mars 1907, P. et S. 1909. 1. 33.

****954. Autorisation tacite.** — A côté de cette forme expresse d'autorisation, seule pratiquée jadis, l'art. 217 en admet une autre : *le concours du mari dans l'acte.* L'ancien droit, qui annulait les actes faits conjointement par le mari et la femme, si on n'y disait pas en termes formels que celle-ci était autorisée, montrait une rigueur excessive ; il est bien certain que le mari autorise sa femme, lorsqu'il passe l'acte et le signe avec elle.

Le « concours du mari » suppose que, l'acte étant fait par la femme, le mari y a pris part en même temps qu'elle (1). La présence de leurs deux signatures au bas de l'acte ne prouve pas à elle seule ce concours, car celle de la femme a pu être ajoutée après coup (Cass., 22 févr. 1893, D. 93. 1. 295, S. 93. 1. 182). Il est donc bon de constater dans l'acte la participation simultanée des deux époux, afin que le tiers qui traite avec eux puisse plus tard fournir la preuve de ce fait, car cette preuve est à sa charge ; c'est la condition de validité de son titre.

955. Controverse. — Le Code a élargi la règle ancienne, en admettant une autorisation tacite. Faut-il s'en tenir là? Ne doit-on pas décider que la femme devra être considérée comme autorisée toutes les fois que le consentement du mari résultera des circonstances ? Certains auteurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 472) ont pensé que le concours du mari dans l'acte était prévu par la loi à titre purement énonciatif, et que d'autres faits pouvaient être équivalents. Les cours d'appel montrèrent d'abord une tendance à admettre cette opinion, mais la Cour de cassation a jugé que le concours du mari dans l'acte est le seul fait valant autorisation tacite (Cass., 26 juill. 1871, D. 71. 1. 293, S. 71. 1. 65 ; Cass., 20 janv. 1881, D. 81. 1. 354, S. 82. 1. 301). En effet, le texte ne dit pas, en termes généraux, que l'autorisation du mari peut être tacite ; par conséquent on ne doit pas tenir pour autorisée la femme qui agit au vu et au su de son mari. Cette solution, rigoureuse en apparence, a l'avantage de supprimer beaucoup de difficultés d'appréciation.

956. Règle spéciale au commerce. — Il y a un cas où l'autorisation tacite du mari, résultant de sa simple tolérance, est considérée comme suffisante : c'est lorsqu'il permet à sa femme de faire le commerce. Cette dérogation au principe était déjà admise dans l'ancien droit. Elle a été consacrée par l'art. 4 du Code de commerce qui se contente du *consentement* du mari. Or le *consentement*, à la différence de l'autorisation, n'a pas de formes déterminées ; le mari consent dès qu'il connaît et laisse faire.

***957. Extension relative au louage de travail.** — Le louage de travail a ceci de particulier qu'il constitue l'adoption d'une profession en même temps qu'un contrat ; la femme qui loue ses services cherche un moyen de gagner sa vie et de nourrir ses enfants. La juris-

(1) En parlant de concours dans l'*acte*, la loi n'a pas en vue, comme le disent quelques auteurs, l'*opération juridique*, le *negotium* fait par la femme ; il s'agit ici de l'*écrit* constatant l'aliénation, l'hypothèque, etc., consentie par la femme. Cet écrit devrait porter en termes formels que la femme est autorisée par son mari, mais cette mention n'est point nécessaire quand le mari est présent et signe l'acte avec elle.

prudence a permis à la femme mariée, abandonnée par son mari, de s'engager soit comme actrice (Paris, 23 août 1851, D. 52. 2. 10), soit comme employée de magasin (Cass., 6 août 1878, D. 79. 1. 400, S. 79. 1. 65). Pour justifier sa décision, elle dit que le mari, en abandonnant sa femme, lui a implicitement donné l'autorisation de contracter. Cela n'est pas possible, car cette prétendue autorisation tacite serait inadmissible pour d'autres contrats, tels qu'une vente d''immeuble ou une constitution d'hypothèque. De plus, elle est contraire à l'art. 217, qui, en fait d'autorisation tacite, n'en admet pas d'autre que le concours du mari dans l'acte.

958. Achats de fournitures et autres actes ménagers. — Toutes les femmes mariées passent journellement des actes avec les tiers, pour l'entretien de la famille : *achats* de vivres, de vêtements ; *marchés* de travaux pour des menues réparations ; *louages d'ouvrage* de serviteurs et d'ouvriers. Ces actes, dit *actes ménagers*, très importants à cause de leur fréquence, n'ont pas été prévus et réglés par les textes. Leur validité n'est cependant pas douteuse, non plus que l'obligation qui en résulte pour le mari ; celui-ci est tenu de remplir les engagements pris par sa femme tant qu'il ne lui a pas retiré son pouvoir. Mais il y a incertitude sur la qualification juridique qui convient à ce pouvoir donné à la femme. Si elle agit en vertu d'un mandat, elle ne s'obligera pas personnellement, tandis que si elle agit en vertu d'une autorisation, elle s'obligera elle-même en même temps que son mari. Dans l'opinion générale qui a cours en France la femme est *mandataire;* mais cette idée est contraire à la réalité des choses : il y a un partage naturel de fonctions entre les époux. La femme, en s'occupant des besoins du ménage, ne remplit pas le rôle de son mari, mais le sien propre : elle n'agit donc pas comme mandataire du mari, mais comme son associée, ayant avec lui des intérêts communs ; elle s'oblige en même temps elle-même, puisque les actes de son mari sont aussi les siens. La femme en faisant ces différents actes, agit donc à la fois au nom de son mari et au sien, en vertu d'un *pouvoir légal.* Comp. Albert Chéron, thèse, Paris, 1901, p. 244 et suiv. ; P. Daveaux, *La femme et les contrats qu'elle passe pour les besoins du ménage*, thèse, Paris, 1908.

Quelle que soit sa nature, ses conditions ne varient pas. Tout le monde admet que ce pouvoir est *tacite* : la femme n'a pas besoin de produire un pouvoir écrit ; le mari n'a pas besoin de le lui conférer expressément ; elle l'a de plein droit par le seul fait du mariage. De plus on verra qu'il est *général* et *révocable.*

***959. Autorisations données par le mari pour contracter avec lui-même.** — Il existe une vieille règle qui défend au protecteur d'un incapable de passer avec lui des contrats sous sa seule autorisation : « Nemo in rem suam auctor esse potest. » *In rem suam*, c'est-à-dire dans une affaire qui l'intéresse personnellement. Ainsi quand le tuteur veut acheter ou prendre à ferme les biens de son pupille, c'est le subrogé tuteur qui lui en passe acte au nom du mineur. Cette règle s'applique-t-elle au mari? Faut-il, quand la femme veut contracter avec lui, qu'elle se fasse autoriser par la justice? Il est facile de démontrer que, pour tous les contrats permis entre époux, la femme n'a pas besoin d'autre autorisation que celle de son mari. L'autorisation du mari est la règle ; l'art. 217 la formule en termes généraux, sans distinguer si la femme contracte avec son mari ou un tiers. L'autorisation de justice est l'exception ; les causes qui la rendent nécessaire sont limitativement énumérées, et parmi ces causes on ne voit point figurer l'opposition d'intérêts entre le mari et la femme ; aucun texte ne prive le mari pour ce cas particulier de son pouvoir ordinaire, comme le fait l'art. 420 pour le tuteur. Pothier explique en très bons termes la raison d'être de cette différence entre le tuteur et le mari : c'est, dit-il, parce que l'autorisation du tuteur est requise pour veiller à l'intérêt du mineur, tandis que le mari n'intervient pas pour veiller sur sa femme, car elle est capable de veiller elle-même à ses intérêts, mais pour lui permettre de contracter (*Puissance du mari*, n° 42).

960. Révocation de l'autorisation. — Le mari peut révoquer son autorisation, soit en retirant des mains de sa femme le consentement écrit qu'il lui a donné, soit en signifiant son changement de volonté à l'autre partie. A compter de ce moment, l'acte n'est plus possible, s'il n'est pas encore

fait ; s'il s'agit d'une opération en cours, comme une instance en justice, elle ne peut pas continuer. Si l'acte est déjà accompli, la révocation intervient trop tard et l'acte reste valable. Mais dans les cas où l'acte n'est pas fait ou n'est pas achevé, si la femme tient à l'accomplir quand même, elle peut se faire autoriser par justice. Sur quelques difficultés que soulève la révocation de l'autorisation, voyez la note de M. CHARMONT, P. et S. 1908, 1. 226.

Dans un cas particulier la faculté de révocation a été soumise par la jurisprudence à des conditions rigoureuses : c'est lorsqu'il s'agit du pouvoir général donné à la femme pour faire des achats au compte du ménage. La justice a tenu à protéger l'intérêt des tiers : le mari doit leur faire savoir qu'il ne paiera plus les dettes que sa femme pourrait contracter à l'avenir, et il doit adresser à cet effet des notifications individuelles à chaque fournisseur. Un avis collectif, au moyen d'annonces dans les journaux, serait insuffisant pour le mettre à l'abri des réclamations. Voyez les arrêts cités t. III, nº 1100.

B. — De l'autorisation de justice.

****961. Caractère supplétif de l'autorisation de justice.** — L'autorisation régulière dont la femme a besoin est celle de son mari, mais l'impossibilité de l'obtenir ne la réduit pas à l'inaction : lorsque le mari *ne peut pas* ou *ne veut pas* autoriser sa femme à agir, l'autorisation *maritale* est remplacée par une autorisation *judiciaire*. Comme le disait POTHIER (*Puissance du mari*, nº 23), l'autorisation de justice n'est que « représentative et supplétive » de celle du mari (1).

1º Causes rendant nécessaire l'autorisation de justice.

***962. Refus du mari.** — Le mari n'a pas le droit de *veto* absolu sur les actes de sa femme ; il ne peut pas, par caprice ou par haine, l'empêcher de faire un acte utile. Si le refus qu'il lui oppose n'a pas de justes motifs, la femme peut faire appel de sa décision devant le tribunal, qui appréciera les raisons du mari et donnera l'autorisation, s'il y a lieu (art. 218 pour les actions en justice, art. 219 pour les contrats et autres actes).

963. Absence du mari. — L'absence du mari empêche la femme d'obtenir son autorisation, et la justice le remplace ; il en est ainsi pendant la période de présomption d'absence aussi bien qu'après le jugement qui la déclare. Le doute que pourrait faire naître sur ce point l'art. 222, qui ne précise pas, est levé par l'art. 863 C. proc. civ., « Dans le cas d'absence présumée du mari ou lorsqu'elle aura été déclarée... »

On accorde même à la femme la faculté de s'adresser à la justice pour se faire autoriser en cas de simple *non-présence*. Pothier l'admettait si le mari était « trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige » (*Puissance du mari*, nº 12) et Tronchet l'a dit formellement au Conseil d'État : « Il peut y avoir tellement urgence, disait-il, que la femme n'a pas le temps de consulter son mari, s'il est au loin. Ce qui supprime tout

(1) Cette autorisation n'existait pas dans le très ancien droit français. Renseignements intéressants dans André LAPORTE, *Influence du droit romain sur les rapports des époux au moyen âge*, thèse, Paris, 1906, p. 27-35. Voir aussi LEMIÈRE, *Histoire de l'autorisation de la femme par justice*, thèse, Paris, 1899.

inconvénient, c'est que l'autorisation ne doit être accordée à la femme qu'en connaissance de cause. » Mais certains auteurs soutiennent que le Code de procédure civile (art. 863 précité) a législativement tranché la question en limitant l'autorisation du juge en cas d'absence déclarée ou présumée. Ajoutons qu'avec la facilité actuelle des communications à grande distance et la lenteur de nos procédures, la femme aura souvent plus vite fait de s'adresser à son mari qu'au tribunal.

****964. Minorité du mari.** — « Si le mari est mineur, l'*autorisation du juge est nécessaire à la femme*, soit pour ester en jugement, soit pour contracter » (art. 224). Ceci est une innovation du Code. Autrefois un mari, même mineur, pouvait autoriser sa femme à plaider ou à contracter, parce qu'il n'intervenait que pour faire respecter sa puissance maritale. Le point de vue a changé : une idée de protection due à la femme s'est jointe à la puissance du mari pour expliquer son incapacité. De là l'utilité de l'intervention de la justice quand le mari est mineur : étant lui-même incapable, comment pourrait-il habiliter un autre incapable à agir?

L'art. 224 est trop absolu dans ses termes. Le mari mineur est *émancipé* par le mariage (art. 476), et il y a un certain nombre d'actes qu'il est capable de faire valablement pour son propre compte (art. 481); il pourrait donc autoriser sa femme, sans que celle-ci ait besoin de recourir à la justice, pour faire un des actes permis aux mineurs émancipés. — Mais cette remarque n'a guère d'intérêt pratique : en effet les actes qu'un mineur émancipé peut faire sont les *actes d'administration*. Or il arrivera de deux choses l'une : s'il y a séparation de biens, la femme a capacité pour faire ces actes à elle seule, sans aucune espèce d'autorisation ; s'il n'y a pas séparation de biens, l'administration des biens de la femme appartient au mari, qui agira lui-même sans avoir d'autorisation à donner à sa femme. Dans un seul cas il pourra y avoir lieu à autorisation de la part d'un mari mineur : c'est lorsque la femme voudra *exercer une action mobilière*, et encore cela suppose la femme séparée de biens, sans quoi l'exercice de l'action appartiendrait au mari (art. 1428, al. 2 ; art. 1549).

***965. Interdiction du mari.** — L'*interdiction* suppose la folie ou un affaiblissement mental complet. Le mari est hors d'état de donner un consentement ; l'autorisation de la justice est donc nécessaire à la femme dont le mari est interdit (art. 222). Cette disposition est surtout intéressante à observer pour le cas où le mari a des intervalles lucides ; on ne pourrait pas, en profitant d'un de ces moments, obtenir de lui une autorisation valable : son incapacité est permanente.

Si le mari, sans être interdit, a été placé dans un *établissement d'aliénés* conformément à la loi du 30 juin 1838, son incapacité est la même que s'il était interdit. L'art. 222 devra alors s'appliquer par analogie.

***966. Mari pourvu d'un conseil judiciaire.** — Lorsque le mari est pourvu d'un conseil judiciaire, soit pour cause de prodigalité, soit pour cause de faiblesse d'esprit, il conserve en principe sa capacité personnelle, sauf pour un certain nombre d'actes déterminés par la loi, qui sont les plus graves et les plus dangereux et pour lesquels il a besoin d'être *assisté par son conseil* (art. 499 et 513). Le cas d'un mari prodigue ou faible d'esprit n'a pas été prévu par la loi. On décide, par identité de motifs, que le mari

a perdu le droit d'autoriser sa femme pour tous les actes dont il est lui-même personnellement incapable. Ces actes devront donc être autorisés par la justice quand la femme voudra les faire.

967. Condamnation du mari à une peine criminelle. — L'art. 221, prévoyant le cas où le mari a été condamné à une peine *afflictive* ou *infamante* (ce sont les peines attachées aux faits qualifiés de crimes), interdit à la femme de contracter sans autorisation de justice. Les motifs de cet article n'apparaissent pas nettement. Les auteurs l'expliquent comme établissant *une déchéance contre le mari*, que la loi a voulu priver de sa puissance maritale parce qu'il était *indigne de l'exercer*. Il n'est pas bien sûr que telle soit la raison d'être de la loi. Qu'on lise attentivement le texte : on verra qu'il est *dirigé plutôt contre la femme que contre le mari* : ce n'est pas au mari qu'on défend d'autoriser sa femme ; c'est à la femme qu'on défend d'agir sans être autorisée par la justice. Il semble qu'on ait craint qu'une femme mariée, dont le mari, condamné pour crime, serait au bagne ou en fuite, se considérât comme affranchie de la puissance maritale et comme capable d'agir seule.

L'art. 221 soulève des difficultés qui ne peuvent être examinées ici, pour le cas de *condamnation par contumace* et pour le cas de *dégradation civique*.

2° Cas où la justice ne peut pas autoriser la femme.

***968. Cas certains.** — Il y a d'abord deux cas qui sont certains parce qu'il existe des textes :

1° La femme *veut accepter les fonctions d'exécutrice testamentaire*. L'art. 1029 C. civ. exige en principe l'autorisation du mari. Cependant, si la femme est séparée de biens, elle peut s'adresser à la justice, au cas de refus du mari (*ibid.*) ;

2° La femme veut *faire un compromis* (contrat spécial qui consiste à soumettre un droit litigieux à un arbitre). Cet acte est interdit aux femmes mariées non autorisées de leurs maris (art. 83-6° et 1004 C. proc. civ.).

***969. Cas controversés.** — 1° La femme veut *entreprendre le commerce*. Le cas est prévu par l'art. 4 C. com. qui dit : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » Le texte n'ajoutant pas « ou de justice », la plupart des auteurs en concluent que cette omission est intentionnelle et que la femme ne peut pas se faire autoriser à cet effet par la justice.

On en donne deux raisons. D'abord le pouvoir pour la justice d'autoriser la femme à devenir commerçante ne pourrait résulter que des textes généraux du Code civil, puisque le Code de commerce est muet. Or les art. 218, 219, 221, 222, 224 supposent tous qu'il s'agit soit d'*ester en justice*, soit de *passer un acte* ou de *contracter*, expressions qui ne conviennent qu'à des actes et contrats déterminés, et non à l'exercice d'une profession. De plus il y a une raison pratique pour ne pas permettre aux juges de se substituer ici au mari : ils peuvent bien apprécier l'opportunité d'un acte dont on leur soumet toutes les conditions ; ils jugeront mal l'aptitude de la femme à l'exercice d'une profession commerciale. — Malgré ces raisons beaucoup de jugements et d'arrêts ont autorisé des femmes mariées à faire le commerce sur le refus du mari (Paris, 3 janv. 1868, D. 68. 2. 28 ; trib. com. Saint-Étienne, 16 janv. 1880, D. 81. 1. 225). Seul le tribunal civil de Lyon s'est refusé à deux reprises à habiliter des femmes mariées à faire le commerce (16 janv. et 13 mars 1869, D. 69. 3. 29, 30). — Certains auteurs distinguent et tout en décidant que la justice est tenue de respecter l'opposition formelle du mari, ils admettent que la femme peut s'adresser aux tribunaux

quand le mari est hors d'état de manifester sa volonté. Il n'y a pas alors de raison pour priver la femme d'un gagne-pain. La jurisprudence, qui se reconnaît le droit de passer outre au refus du mari, accorde en ce cas, à plus forte raison, l'autorisation que la femme lui demande (Bordeaux, 16 juin 1869, D. 70. 2. 34).

2° La femme veut contracter un *engagement théâtral.*

Aucun texte n'a prévu la question. La doctrine réserve en général au mari seul le droit d'autoriser sa femme à choisir cette profession (1). Elle en donne surtout pour raison le désir de ménager les susceptibilités du mari et l'intérêt moral de la famille. Néanmoins la question est discutable ; peut-être pourrait-on la résoudre à l'aide de la distinction faite au n° précédent, entre le cas où le mari refuse son consentement et celui où il est hors d'état de le manifester. Du reste, la question est générale et se pose pour *une profession quelconque.* On cite un jugement du tribunal civil de la Seine du 2 mars 1887 (Dalloz, *Suppl.*, v° Mariage, n° 495 ; S. 87. 2. 117) qui a refusé d'autoriser une femme mariée à subir l'examen d'élève sage-femme.

Toute cette série de questions relatives à la profession des femmes mariées a beaucoup perdu de son acuité depuis la loi du 6 février 1893 qui a rendu aux *femmes séparées de corps* la pleine indépendance, car c'était surtout pour elles que les difficultés s'élevaient en pratique.

3° Procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de justice.

970. Introduction de la demande. — La femme formule sa demande dans une *requête* adressée au président du tribunal du domicile de son mari. Celui-ci autorise la femme à assigner son mari devant le tribunal.

971. Sommation préalable. — Le Code civil ne parle pas d'une sommation préalable adressée au mari par la femme ; il permet à celle-ci de *citer son mari directement* devant le tribunal civil, mais on admet que l'art. 219 a été modifié sur ce point par l'art. 861 C. proc. civ. La femme doit donc commencer par adresser à son mari une sommation d'avoir à lui donner son autorisation ; ce n'est que sur son refus ou sur son silence, qu'elle peut s'adresser à la justice. Toutefois cette sommation ne se comprend qu'autant que le mari est *présent et capable.* Dans tous les autres cas elle est inutile.

972. Audition du mari. — Le mari doit-il être entendu par le tribunal? Cela dépend des cas. En principe, il doit être cité pour développer les motifs de son refus ou pour donner son avis. Toutefois son audition est impossible, quand il est en état d'*absence* ou de *folie.* Pour le cas où il est *condamné à une peine criminelle*, son audition est facultative pour les juges, qui peuvent statuer régulièrement sans l'entendre (art. 221). Il en est de même quand il est *mineur.*

Le mari doit être entendu en la Chambre du conseil, et non à l'audience publique (art. 219). Il suffit qu'il soit régulièrement cité ; s'il ne vient pas, le tribunal passe outre.

***973. Qui accorde l'autorisation.** — En général c'est le *tribunal entier* qui accorde l'autorisation. Quelquefois cependant elle est donnée sur requête *par le président* (actions en divorce ou en séparation de corps ; demandes de séparations de biens). L'autorisation est donnée ou refusée, après examen de l'affaire. La décision prise est toujours *susceptible d'appel.* — Les juges de paix peuvent autoriser les femmes mariées à ester en jugement devant eux.

974. Femme défenderesse à une action exercée par un tiers. — Pour ce cas particulier, comme ce n'est pas la femme qui prend l'initiative de l'action, on a reconnu que le soin de régulariser la procédure en faisant pourvoir la femme de l'autorisation dont elle a besoin, incombe au demandeur. Le moyen d'y parvenir consiste à assigner le mari

(1) Un directeur de théâtre a été condamné à payer une indemnité à un mari, pour avoir confié des rôles à une femme mariée au mépris d'une opposition qui lui avait été signifiée par le mari (Paris, 4 mars 1903, D. 1903. 2. 144, S. 1903. 2. 168).

à fin d'autorisation, en même temps que sa femme. Sur son refus, ou s'il fait défaut, le demandeur prend des conclusions pour demander au tribunal d'autoriser la femme défenderesse à plaider. — L'assignation donnée au mari n'est même pas nécessaire, s'il est certain d'avance qu'il ne peut manifester sa volonté, par exemple s'il est interdit ou absent. — Si le demandeur omet de faire autoriser la femme, son adversaire, il ne peut ni la poursuivre, ni la faire valablement condamner par défaut.

C. — Spécialité de l'autorisation.

1° Le principe.

****975. Établissement du principe.** — Que l'autorisation soit donnée à la femme par le mari ou par la justice, elle doit en principe être *spéciale.* Cette règle, qui est de tradition dans le droit français (POTHIER, *Puissance du mari*, n° 63), n'est énoncée d'une manière expresse dans le Code civil que pour un cas particulier, à propos de la femme séparée de biens qui veut aliéner ses immeubles (art. 1538). Mais sa portée absolue est supposée par l'art. 223, qui limite aux actes d'administration l'effet des autorisations générales. — La jurisprudence n'a jamais mis ce point en doute.

***976. Ses motifs.** — Le mari, dit-on, abdiquerait sa puissance s'il autorisait sa femme à passer seule tous les actes qu'il lui plairait de faire. Aujourd'hui surtout que l'incapacité de la femme est fondée en partie sur une idée de protection pour elle, il est nécessaire que le mari ou la justice examine l'acte à faire, en étudie les conditions et les effets, et ne donne l'autorisation qu'avec pleine connaissance de cause.

Cependant la loi a été critiquée. Il a paru regrettable qu'un mari, obligé de s'absenter pour un long voyage ou absorbé par ses travaux, ne pût pas laisser à sa femme des pouvoirs un peu larges pour conclure des contrats (HUC, t. II, n° 261). C'est seulement pour les affaires personnelles de la femme que cette impossibilité est gênante. Quand il s'agit des affaires du mari ou de celles de la communauté, le droit commun permet au mari de choisir sa femme pour mandataire et de lui donner des pouvoirs aussi étendus qu'il voudra : qui parle d'« autorisation » parle des biens, droits et actions de la femme.

977. Exemples d'autorisations irrégulières. — Serait insuffisante, pour défaut de spécialité, l'autorisation donnée à la femme d'*aliéner* un immeuble sans que l'acquéreur soit connu, le prix indiqué et toutes les autres conditions de la vente précisées dans l'acte d'autorisation (Cass., 10 mai 1853, D. 53. 2. 160) ; l'autorisation d'*hypothéquer*, sans dire quel immeuble et pour quelle dette ; ou encore l'autorisation d'*emprunter*, si la somme à emprunter n'était pas fixée (Cass., 19 juin 1888, D. 88. 1. 478, S. 88. 1. 432) ; de *cautionner* une dette dont le montant n'est pas encore connu (Cass., 12 mars 1883, D. 84. 1. 13, S. 85. 1. 495) ; d'*ester en justice* pour toutes les affaires relatives à son commerce (Cass., 30 janv. 1877, D. 77. 1. 348, S. 77. 1. 73).

Chaque opération autorisée doit donc être déterminée dans son objet et dans ses conditions, mais le mari peut en autoriser plusieurs à la fois et par le même acte.

***978. Application aux autorisations de plaider.** — Pour les instances en justice, la spécialité de l'autorisation donne lieu à quelques difficultés. La plupart des affaires sont jugées deux fois, en première instance et en appel ; il y a lieu au pourvoi en cassation, quand l'appel n'est pas possible, ou après la décision des juges d'appel. Cela fait en somme deux et même trois instances successives pour la même affaire. En général, l'autorisation est donnée à la femme en termes vagues, *pour plaider dans telle affaire.* Jusqu'à quel point l'autorisation de plaider accordée à la femme lui permettra-t-elle de con-

duire le procès? En doctrine la question est controversée; cependant l'opinion qui interprète l'autorisation dans son sens restrictif a pour elle la règle de la spécialité, qui doit avoir ici pour effet de donner à l'autorisation de plaider la moindre étendue possible. La jurisprudence est incertaine et hésitante (Cass., 22 janv. 1879, D. 79. 1. 121, S. 79. 1. 273; Cass., 25 févr. 1879, D. 79. 1. 158, S. 79. 1. 273; Cass., 21 févr. 1888, D. 88. 1. 214).

Quand on exige deux autorisations distinctes, l'une pour la première instance, l'autre pour l'appel, on admet que celle-ci peut être donnée d'avance, pourvu que ce soit en termes précis et non équivoques (Cass., 1er mars 1858, D. 58. 1. 104. — Comp. Cass., 18 août 1857, D. 57. 1. 333).

Au fond tout se réduit à une question d'interprétation de volonté, car il n'est pas douteux que les diverses instances soient des actes distincts, dont chacun a besoin d'une autorisation spéciale. On doit donc uniquement rechercher si chaque instance a été autorisée : Qu'a voulu le mari? Toute la question est là? — Dans notre ancien droit ces difficultés ne se présentaient point, parce que la femme ne pouvait plaider qu'avec l'*assistance*, c'est-à-dire avec le concours permanent du mari. Elles sont nées de l'observation maladroite faite par Boulay (ci-dessus, nº 952).

2º Les exceptions.

***979. Actes d'administration.** — La dérogation au principe de la spécialité, en ce qui concerne les autorisations d'administrer, est formulée en ces termes dans l'art. 223 : « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » *N'est valable que...*, donc elle est encore bonne à quelque chose. Il résulte en effet de l'ensemble du texte qu'une autorisation donnée en termes généraux peut, même pendant le mariage, permettre à la femme d'administrer ses biens.

C'est ce que Pothier explique en termes fort clairs dans un passage dont notre article a été certainement tiré : « Il faut distinguer entre les actes de simple administration et ceux qui passent les bornes d'une simple administration... Une autorisation générale suffit pour tous les actes et contrats que fait la femme, qui ne passent pas les bornes de cette administration. A l'égard des autres actes et contrats, l'autorisation du mari doit être expresse et spéciale. Les autorisations générales portées soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage..., sont nulles et de nul effet » (*Puissance du mari*, nº 67). Il est évident que l'art. 223 a maintenu le droit ancien.

Sur l'art. 223, deux difficultés se sont présentées :

1º Lorsque la permission générale d'administrer ses biens est reconnue à la femme par le contrat de mariage, elle ne peut avoir le caractère d'une *autorisation*, car le futur mari ne possède pas encore la *puissance maritale*. Cette convention est donc une dérogation aux règles ordinaires, qui a pour objet de *réserver à la femme une capacité partielle*. De la sorte, la femme agira, non comme autorisée par son mari, mais comme capable d'agir seule. Il y a dispense d'autorisation plutôt qu'autorisation générale.

2º Lorsque la même permission est donnée par le mari après le mariage, elle tend à modifier la situation antérieure de la femme. Or, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucune modification pendant le mariage (art. 1395). Il semble donc que la femme, qui ne s'est pas réservé l'administration de ses biens par son contrat, ne peut pas l'obtenir de son mari par un acte postérieur : cette administration appartient au mari et elle doit lui rester. M. Demolombe propose de dire que cet acte vaudra, non pas comme autorisation, mais *comme mandat*. Mais le *mandat* et l'*autorisation* sont choses fort différentes. Si la femme agit comme mandataire, elle oblige son mari et ne s'oblige pas elle-même. De plus, étant donné le principe du droit français qui permet de choisir un incapable pour mandataire, on ne voit pas pourquoi la loi limite la portée de ce mandat aux actes d'ad-

ministration : le mari est libre de choisir sa femme comme mandataire pour un acte quelconque. Enfin l'art. 223, comme tous les auteurs anciens, suppose que cet acte est une *autorisation* et que la femme agit pour son propre compte, sur ses biens et en s'obligeant elle-même. Il faut donc reconnaître que, dans le système du Code, ces autorisations générales données pendant le mariage sont possibles et qu'elles restituent à la femme l'administration de ses biens.

***980. Achats de fournitures.** — Si on considère la permission donnée à la femme de faire les achats nécessaires au ménage comme une autorisation et non comme un mandat (ci-dessus, n° 958), ce sera encore une autorisation générale par la force des choses, le mari ne pouvant pas la renouveler à chaque achat que fait la femme.

981. Entreprise commerciale. — L'autorisation donnée à la femme pour entreprendre le commerce ne porte pas sur les actes très nombreux et de nature très diverse qu'elle aura à faire pour son négoce : les époux ne peuvent ni les énumérer ni les prévoir. Le seul fait qui soit autorisé, c'est l'entreprise commerciale elle-même ; pour les actes spéciaux qu'elle fera en qualité de commerçante la femme agit en réalité sans autorisation. C'est ce que dit l'art. 220 : « La femme, si elle est marchande publique, peut, *sans l'autorisation de son mari*, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » La façon de parler, dont la loi s'est servie dans cet article, a été critiquée, mais bien à tort. On prétend que la femme n'agit pas alors sans autorisation ; qu'elle est autorisée, seulement que par dérogation au principe, l'autorisation est *générale*. C'est une chicane de mots. L'autorisation générale équivaut à l'indépendance et au défaut d'autorisation. La femme commerçante est habile à agir seule et elle agit réellement sans le concours et sans l'assistance de personne. D'ailleurs tel était déjà le langage de la coutume de Paris, art. 236 : « La femme marchande publique se peut obliger sans son mari », et c'est ainsi que le comprenait Pothier qui traite le cas où la femme est marchande comme un de ceux où elle est affranchie de l'autorisation maritale (*Puissance du mari*, n° 20).

982. Profession théâtrale. — L'autorisation donnée par un mari à sa femme d'exercer le métier d'artiste dramatique et de « contracter tout engagement théâtral qu'il lui plaira » est valable (Affaire Porel-Réjane, Cass., 11 nov. 1907, D. 1908. 1. 25, P. et S. 1908. 1. 225, et les notes de MM. Colin et Charmont). Comp. Cass., 27 mars 1907, P. et. S 1909. 1. 33.

D. — Effets de l'autorisation.

****983. Validité de l'acte.** — L'effet d'une autorisation régulière donnée à la femme est de l'*habiliter à agir*, et l'acte fait par elle est *aussi valable que s'il avait été fait par une femme célibataire ou veuve.*

Ceci suppose deux conditions :

1° L'autorisation doit avoir été *employée exactement et uniquement à l'acte auquel elle était destinée.* Ainsi l'acte serait nul si la femme, autorisée *à vendre* son bien, en avait fait une *donation* déguisée sous la forme d'une vente ; ainsi encore la femme, autorisée à *plaider*, ne pourrait pas

employer cette autorisation à faire un *acquiescement* ou une *transaction*.

2° Il ne doit exister *aucune cause d'incapacité autre que le mariage* : c'est celle-là seulement dont la femme peut se trouver relevée par une simple autorisation. Or il peut y en avoir d'autres tenant soit à la *minorité* de la femme, soit à la *dotalité* de ses biens. Voyez les deux numéros suivants.

***984. Cas où la femme est mineure.** — Si la femme s'est mariée encore mineure, elle est émancipée par son mariage ; mais les actes les plus graves doivent être autorisés par son conseil de famille, et la délibération de celui-ci devra être homologuée par le tribunal (art. 483 et 484). L'autorisation du mari ne suffirait pas pour eux.

985. Cas où le bien est dotal. — Si la femme s'est mariée sous le régime dotal, ses immeubles dotaux sont *inaliénables* (art. 1554) et par voie de conséquence il y a toute une série d'actes qui deviennent impossibles ou du moins qui ne peuvent plus être faits avec la seule autorisation du mari et que la justice elle-même ne peut autoriser que pour des causes prévues et déterminées par la loi. L'inaliénabilité dotale équivaut donc à une *aggravation conventionnelle de l'incapacité de la femme*, puisque l'autorisation maritale ne suffit plus pour la validité de l'acte.

****986. Effet de l'autorisation relativement au mari.** — Quant au mari, l'autorisation donnée par lui ou par la justice ne produit en général aucun effet direct contre lui. Si c'est lui-même qui a autorisé sa femme il a bien consenti à ce qu'elle s'obligeât, mais il n'a pas entendu s'obliger lui-même : « Qui auctor est se non obligat. » Si c'est la justice qui a donné l'autorisation, on n'en saurait tirer aucune conséquence contre le mari, puisqu'il est resté étranger à ce qui s'est passé.

Tel est le principe, mais il y a des *exceptions* :

1° Lorsque le mari autorise sa femme à *aliéner un de ses biens propres*, il perd la jouissance qui lui appartenait sur ce bien. Son consentement à la vente suppose la renonciation à son droit, à moins qu'il n'ait fait des réserves formelles pour le conserver, auquel cas la vente se réduit à la nue propriété. — Une vente autorisée par la justice laisse toujours subsister le droit de jouissance du mari.

2° Lorsque les époux sont mariés *sous le régime de la communauté*, la femme autorisée par son mari oblige la communauté et, *toutes les fois que la communauté est tenue, le mari est tenu lui aussi sur ses propres biens.* L'art. 220 fait l'application de cette règle aux obligations contractées par une femme commerçante : « elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. » Cet effet ne se produit pas si la femme commune en biens n'a contracté qu'avec l'autorisation de justice.

3° Lorsque la femme contracte avec l'autorisation de la justice, mais *dans l'intérêt du mari ou de la communauté*, les deux époux se trouvent obligés (art. 1427).

E. — Effet du défaut d'autorisation.

****987. Nullité de l'acte non autorisé.** — Règle générale. — En principe tout acte fait par la femme sans autorisation régulière de son mari, ou de justice, est *annulable*. La nullité de l'acte irrégulier n'a pas lieu de plein droit : elle doit être prononcée par jugement. Il faudra donc s'adresser à la justice, exercer une *action en nullité* ; mais l'annulation devra être accordée par le tribunal sous la seule condition qu'il soit prouvé : 1° que l'acte a été fait pendant le mariage ; 2° qu'il n'a pas été autorisé. On n'a

pas à rechercher si l'acte a causé un préjudice à la femme ou au mari.

Règle spéciale pour les donations. — Par une exception remarquable, la jurisprudence considère comme entachée de *nullité absolue* la donation acceptée par la femme sans autorisation ; la Cour de cassation dit qu'alors la donation demeure imparfaite et qu'il lui manque une des conditions nécessaires à son existence légale (Cass., 14 juill. 1856, D. 56. 1. 282, S. 56. 1. 641 ; Cass., 15 juill. 1889, D. 90. 1. 100, S. 89. 1. 412). Mais ceci n'a lieu qu'autant que la donation a été faite par acte authentique ; pour toutes les hypothèses où la donation se fait valablement sous une autre forme, les art. 225 et 1125 reprennent leur empire et l'acte non autorisé n'est qu'annulable (Paris, 12 mai 1898, D. 99. 2. 313 ; Cass., 30 nov. 1896, D. 97. 1. 449, S. 97. 1. 99). Du reste sur le principe même cette jurisprudence est très contestée en doctrine.

****988. Personnes pouvant demander la nullité.** — L'action en nullité contre un acte simplement annulable n'appartient jamais qu'aux personnes que la loi a voulu protéger. Ces personnes sont :

1° *Le mari.* C'est surtout dans son intérêt que la nullité est établie ; on veut faire respecter son autorité maritale. C'est donc à lui que l'action en nullité doit appartenir tout d'abord.

2° *La femme.* Rationnellement, l'action en nullité ne devrait pas lui être donnée. Mais on a vu ci-dessus, n° 928, que le Code civil a admis un système mixte sur les motifs de l'incapacité. La loi permet donc à la femme d'attaquer l'acte irrégulier fait par elle (art. 225).

3° *Leurs héritiers* (art. 225). La loi fait ici l'application d'un principe général, d'après lequel les actions qui appartiennent à une personne passent après sa mort à ses héritiers.

4° Les *créanciers* de la femme ou de ses héritiers agissant du chef de leur débitrice ou de ses héritiers, par application de l'art. 1166. Voyez sur ce point t. II, n° 286 *in fine* et t. III, n° 1533.

***989. Refus de l'action aux tiers.** — L'action en nullité est au contraire refusée à la personne qui a traité ou plaidé avec la femme non autorisée. Les textes le disent expressément : « La nullité ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers » (art. 225) ; « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de la femme mariée avec qui elles ont contracté » (art. 1125).

En limitant ainsi l'action en nullité, ces deux textes ont introduit dans notre droit un changement considérable. Avant le Code civil, l'autorisation maritale étant considérée comme une *solennité* du contrat (ci-dessus, n° 951), son absence entraînait une nullité *absolue.* Par suite, cette nullité pouvait être opposée par tout intéressé, même par la partie qui avait traité avec la femme (Pothier, *Puissance du mari*, n°s 5 et 78).

****990. Durée de l'action en nullité.** — L'action en nullité dure dix ans. C'est un principe général pour toutes les actions de ce genre (art. 1304). Mais le délai de dix ans ne court contre la femme que *du jour de la dissolution du mariage.* Il y a doute pour savoir si la prescription est également

retardée au profit du mari, ou si elle court contre lui du jour même de l'acte. Sur la controverse doctrinale à cet égard, voyez la note du *Dalloz* sous Pau, 14 juin 1898, D. 99. 2. 141. Cet arrêt fait courir la prescription contre le mari dès le jour où l'acte est passé.

991. Difficulté en cas d'absence du mari. — Une femme mariée prétend faire annuler un acte fait par elle sans autorisation pendant que son mari était en état d'absence. Est-ce à elle de prouver que son mari existait encore au jour où le contrat a été passé? Est-ce au tiers, qui désire faire maintenir le contrat, à prouver que le mari était déjà mort? En fait, ni l'une ni l'autre de ces deux affirmations ne peut être prouvée puisque l'absence est un état d'incertitude absolue sur la vie ou la mort de la personne. La jurisprudence, après quelques hésitations, a décidé que l'obligation contractée par la femme devait être annulée, à moins que le tiers ne prouvât le décès du mari antérieurement à la date de cette obligation (Cass., 9 mai 1882, D. 83. 1. 251, S. 82. 1. 340). Au point de vue des textes la question n'est pas douteuse : l'art. 222 décide formellement que la femme de l'absent a besoin d'autorisation.

***992. Confirmation de l'acte annulable.** — La façon dont les actes peuvent être confirmés est expliquée dans le tome II, à propos des contrats (1). Un seul point, spécial aux actes des femmes mariées, a besoin d'être exposé ici. Le mari, ayant connaissance de l'acte fait par sa femme, le ratifie : quel sera l'effet de cette confirmation? Il est bien certain que le mari a perdu le droit de critiquer l'acte, après l'avoir approuvé, mais sa femme, qui avait de son côté le droit de l'attaquer, conserve-t-elle son action en nullité? Il y avait dans le projet de Code civil, à l'art. 217, un alinéa final qui disait : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Cet alinéa, qui tranchait la question, conformément aux traditions de l'ancien droit, a disparu sans qu'on sache pourquoi. Il semblerait raisonnable d'en conserver la décision, puisque la seule chose qui manquât à l'acte était l'approbation du mari : une fois que cette approbation est acquise, on ne voit plus de cause de nullité. Néanmoins ce n'est pas ainsi que le Code est interprété. En se fondant sur ce fait que la loi accorde l'action en nullité à la femme en même temps qu'au mari, on reconnaît à la femme un droit distinct du sien, et les deux actions en nullité, une fois nées, sont considérées comme *indépendantes*. La femme conserve donc la sienne, malgré la ratification du mari.

993. Formes particulières pour attaquer les jugements. — L'action en nullité n'est donnée que contre les contrats, et non contre les jugements, pour lesquels il existe des *voies de recours* spéciales. Par conséquent, quand une femme mariée a plaidé sans autorisation et qu'elle a perdu son procès, elle ne peut attaquer par voie d'action en nullité le jugement ou l'arrêt rendu contre elle. Pour faire tomber cette décision il faut employer les voies de recours. De la part de la femme, ce sera la *requête civile* (art. 480 et 481 C. proc.

(1) Si l'*autorisation* donnée d'avance pour faire l'acte ne peut pas être tacite, il en est autrement de la *ratification* qui intervient après coup. Ainsi le fait du mari qui occupe un appartement pris à bail par sa femme sans autorisation, vaut ratification du bail (Paris, 3 août 1872, D. 73. 2. 119. — Comp. pour une hypothèse de souscription non autorisée à des actions d'une société, Cass., 25 mai 1886, D. 87. 1. 379, S. 87. 1. 268).

civ.). De la part du mari, il y aura lieu à *tierce opposition* (Cass., 28 mars 1888, D. 88. 1. 361, S. 91. 1. 294).

De plus, si l'affaire n'est pas encore terminée, le moyen de nullité tiré du défaut d'autorisation peut être proposé soit par la femme, soit par le mari ; ils pourraient même interjeter appel précisément pour user de ce moyen. Enfin ils seraient admis à le présenter pour la première fois devant la Cour de cassation, parce qu'il est d'ordre public (Cass., 29 oct. 1912, D. 1913. 1. 296, P. et S. 1913. 1. 17). Néanmoins cette exception ne peut pas être invoquée par l'adversaire de la femme (Besançon, 14 mai 1890, D. 91. 2. 201), ni relevée d'office par le juge (Cass., 7 avril 1898, D. 98. 1. 305).

CHAPITRE X

NULLITÉS DU MARIAGE

§ 1. — *Système exceptionnel appliqué aux nullités de mariage.*

****994. Le principe et ses motifs.** — D'après l'opinion dominante, la théorie des nullités en matière de mariage est soumise à une règle exceptionnelle qu'on peut formuler ainsi : *Pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément.* La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de proclamer ce principe (Cass., 9 janv. 1821, Dalloz, *Répert.*, v° Mariage, n° 210, S. 21. 1. 157, S. chr., 6. 1. 359 ; Cass., 12 nov. 1839, Dalloz, *ibid.*, n° 514, S. 39. 1. 826 ; Cass., 12 nov. 1844, D. 44. 1. 98, S. 45. 1. 246), et il est aujourd'hui accepté par tout le monde.

C'est une dérogation remarquable au droit commun. En toute autre matière il est admis que la nullité peut être *virtuelle* ou *tacite.* Quand la loi défend quelque chose, ce qui est fait en violation de cette défense est nul. Il n'en est pas de même pour le mariage. Pourquoi ? L'intention du législateur a été, dit-on, de tout prévoir et de tout régler. L'annulation d'un mariage est une mesure dangereuse, qui jette un trouble profond dans les familles : malheur irréparable pour les uns, scandale pour les autres. Le législateur s'est réservé à lui seul le droit de décider si la violation de la loi était assez grave pour justifier une telle rigueur, et il n'a rien voulu laisser aux hasards des débats judiciaires. C'est pour cela qu'il a consacré aux nullités du mariage un chapitre spécial, le chapitre IV du Titre V (art. 180-202). Toutes les causes de nullité que le législateur a voulu admettre y sont réglementées ; ce chapitre se suffit à lui-même, et pour respecter les intentions des auteurs de la loi, nous devons nous en tenir là. *Il faut rejeter toute cause de nullité qui n'est pas prévue et réglée dans le chapitre* IV *du Titre* « *Du mariage* ». C'est à cette conclusion qu'on doit aboutir, si l'on admet le principe de la Cour de cassation.

***995. Réfutation.** — Cette façon de comprendre l'utilité du chapitre IV est démentie à la fois par les travaux préparatoires et par les textes. Ce chapitre a pour but de déterminer les personnes qui peuvent demander la nullité d'un mariage. S'il a été écrit dans une intention particulière, ç'a été pour enlever à certaines personnes le droit d'attaquer les mariages, et non pour empêcher les juges de reconnaître des causes de nullité en interprétant la pensée de la loi. Il faut lire la discussion du Conseil d'État sur ces articles (FENET, t. IX, p. 40 à 55). On ne se demanda jamais dans quel cas le mariage serait nul, mais seulement, *étant donnée une cause de nullité, qui pourrait s'en prévaloir* (Comp. Cass., 9 nov. 1887, D. 88. 1. 161). Quant aux textes, voici ce qu'il faut remarquer. Le chapitre est intitulé : « Des demandes en nullité », et non pas « Des causes de nullité ». Dans le projet, les articles étaient presque tous ainsi conçus : « La nullité résultant de ce que... » Ils n'avaient donc pas pour objet d'établir des nullités. La nullité résulte suffisamment des différents articles qui exigent certaines conditions d'aptitude, qui édictent des prohibitions ou qui établissent les formes du mariage. Dans leur rédaction les articles du chapitre IV disent tous : « *Le mariage peut être attaqué par...* » ou « *ne peut être attaqué que par...* » Ce n'est pas cette forme qu'on aurait employée si on avait voulu dire que le mariage serait nul dans tels cas et non pas dans tels autres. On outrepasse donc les volontés évidentes du législateur, quand on refuse de reconnaître des causes de nullité en dehors de ce chapitre.

J'ajoute que la règle d'interprétation qu'on s'impose — en admettant qu'elle fût conforme à la pensée des auteurs de la loi — n'aurait de valeur sérieuse que pour les infractions aux règles contenues dans le titre « Du mariage », le seul qu'on eût sous les yeux quand on rédigea notre chapitre. Mais cette règle perd toute espèce de force quand il s'agit des textes faisant partie d'une autre division du Code, comme les prohibitions qui furent portées plus tard dans les Titres « Du Divorce » et « De l'Adoption », lesquels n'étaient pas encore votés quand on s'occupa du mariage.

***996. Cas de nullité admis sans texte.** — Du reste, quand on passe aux applications, on s'aperçoit bien vite qu'il est, sinon impossible, du moins fort difficile de maintenir ce prétendu principe. Dans le titre même « Du Mariage », il y a l'art. 170, qui établit une cause de nullité particulière et qui pourtant ne fait pas partie du chapitre consacré aux nullités. Bien mieux : le législateur a commis une omission évidente dans son énumération. Il avait oublié de prévoir dans l'art. 182 le cas où un enfant naturel se marierait sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, comme l'exigeait l'art. 159 (1). Il y aurait donc un cas où un mineur pourrait se marier valablement sans le consentement de personne ! — Prenons le Titre « Du

(1) Cette hypothèse n'est plus possible depuis la loi du 21 juin 1907, qui a supprimé le tuteur *ad hoc* de l'enfant naturel ; mais l'argument garde toute sa valeur quand il s'agit d'interpréter la pensée des auteurs du Code sur les nullités de mariage.

Divorce ». Nous y trouvons l'art. 295 qui établit une prohibition de mariage, laquelle doit raisonnablement être sanctionnée par la nullité ; mais le mot de « nullité » ne s'y trouve pas ; la loi dit simplement : « Les époux divorcés *ne pourront* se réunir... » Naguère encore on pouvait tenir le même raisonnement pour l'art. 298, aujourd'hui abrogé. De même dans le Titre « De l'Adoption », l'art. 348 édicte une série de prohibitions qui ne signifient pas grand'chose, si elles n'entraînent pas nullité du mariage. Mais cet article se borne à dire : « Le mariage est *prohibé* entre... », sans ajouter qu'il sera nul. — Rappelons l'art. 25, abrogé en 1854, qui déclarait l'individu condamné à une peine perpétuelle « incapable de contracter un mariage produisant des effets civils ». Aussi presque tous les auteurs reculent devant l'application absolue de leur principe : la plupart admettent la nullité dans le cas de l'art. 170 ; d'autres l'acceptent pour l'hypothèse de l'art. 159 ; quelques-uns même veulent bien sanctionner de cette manière les art. 295 et 298. Laurent seul est logique jusqu'au bout : fidèle à sa méthode ordinaire d'interprétation rigoureuse, il rejette toutes ces causes de nullité sans exception.

Quant à la jurisprudence, elle n'a pas à construire une doctrine synthétique ; elle se borne à statuer sur les espèces qui lui sont soumises. Elle se sert du principe qui vient d'être discuté et qui lui fournit un moyen commode de repousser certaines demandes en nullité. Mais elle nous offre des exemples éclatants de dérogations, pour les *mariages célébrés à l'étranger* (art. 170) et jadis pour les *mariages contractés par des prêtres :* s'il y a des textes qui ne parlent pas de nullité, ce sont certainement les art. 6 et 26 de la loi du 18 germinal an X (voyez n°s 741 et 1003).

***997. Conclusion.** — Ce qu'il faut dire, c'est que, à la différence des autres matières, *la formule prohibitive*, employée par la loi à propos du mariage, *n'est pas nécessairement irritante*, c'est-à-dire qu'elle ne suffit pas toujours pour faire admettre la nullité. Il faut rechercher *pour chaque cas* si l'intention du législateur a été d'y attacher cette sanction rigoureuse. S'il est vrai d'une manière générale que les lois doivent être obéies et que les actes contraires à leurs dispositions doivent être nuls, il y a lieu de n'appliquer cette règle au mariage qu'avec réserve. Pour le mariage les conséquences de l'annulation sont telles que, dans bien des cas, il vaut mieux maintenir une union illégale que de l'annuler. L'interprète, comme le législateur, doit donc se montrer sobre de nullités, et *reconnaître l'existence de prohibitions qui n'empêcheront pas le mariage célébré d'être valable.*

§ 2. — *Des empêchements de mariage.*

***998. Définition.** — On appelle « empêchement de mariage » toute raison

pour laquelle l'officier de l'état civil doit *refuser de procéder à la célébration*. Un empêchement est donc un fait *antérieur au mariage* et qui y fait obstacle.

***999. Causes variées d'empêchement.** — Les causes d'empêchements sont diverses. Tantôt c'est une *condition de capacité* qui manque à l'un des époux (ci-dessus, nº 703) ; tantôt c'est une *circonstance particulière* sur laquelle la loi fonde une prohibition de mariage (ci-dessus, nº 714) ; d'autres fois ce sera une *formalité* qui aurait dû être remplie et qui a été omise (ci-dessus, nº 791).

1000. Effets des empêchements. — Tout empêchement de mariage est un obstacle à la célébration ; c'est par là que tous méritent leur nom ; mais la loi n'attache pas à tous la même force. Il en est qui laissent subsister le mariage, si, en fait, il a été célébré ; ceux-là sont des *empêchements simplement prohibitifs*. Il en est d'autres qui sont plus sévèrement sanctionnés et dont la violation entraîne la nullité du mariage, quand on a passé outre : ceux-là sont des *empêchements dirimants* (de *dirimere*, rompre). Ainsi l'empêchement ne s'accompagne pas toujours d'une nullité. Pourquoi cela? C'est que l'annulation d'un mariage est un fait grave, dont les conséquences, pénibles ou scandaleuses, sont souvent un mal plus grand que le fait même de la violation d'une règle légale. La loi recule devant ces conséquences ; tout en désirant que le mariage n'ait pas lieu et en défendant aux officiers municipaux de le célébrer, elle le laisse subsister quand il a eu lieu ; il y a donc *prohibition sans nullité*.

On se trompe souvent sur cette distinction parce qu'on la confond avec une autre : celle des nullités absolues et des nullités relatives ; on s'imagine que la nullité absolue sanctionne les empêchements dirimants et la nullité relative les empêchements prohibitifs. — L'erreur est facile à éviter : il n'y a pas de concordance entre les deux espèces de nullités et les deux espèces d'empêchements, car les empêchements simplement prohibitifs n'entraînent *jamais* nullité, et toutes les fois que le mariage célébré au mépris d'un empêchement est nul, on peut être sûr que l'empêchement était *dirimant*, quand bien même il y aurait simple nullité relative.

On commettrait une erreur d'un autre genre si l'on croyait que la nullité d'un mariage suppose toujours l'existence *antérieure* d'un empêchement. Il y a des causes de nullité qui sont *contemporaines* de la célébration. Telles sont la clandestinité, l'incompétence de l'officier de l'état civil, les vices du consentement.

***1001. Liste des empêchements simplement prohibitifs.** — Tous les empêchements *dirimants* sont passés en revue dans l'étude des *nullités* qu'ils entraînent. Dressons ici, pour n'y plus revenir, la liste de ceux qui sont *simplement prohibitifs :*

1º *Le défaut de notification* (ci-dessus, nºs 773 à 775), quand le futur époux âgé de 21 à 30 ans, lors de son mariage, a encore son père ou sa mère. Le mariage ne peut être annulé puisqu'un majeur peut se marier sans le consentement de personne.

2º *Le défaut de publication.* Examiné plus loin à propos de la *clandestinité.*

3º *Le délai de dix mois*, imposé à la femme veuve (art. 228), à la femme divorcée (art. 296), et par analogie à celle dont le mariage a été annulé. La crainte d'une *confusion de part*, qui est le motif de cette prohibition, ne suffit pas pour annuler le mariage : l'annulation ne servirait à rien, car elle n'empêcherait pas la grossesse de la femme et le doute qui plane sur la filiation de l'enfant.

4° *L'existence d'une opposition.* On a vu plus haut (n° 823) que l'officier de l'état civil qui reçoit une opposition à un mariage ne doit pas le célébrer, tant qu'on ne lui en présente pas la *mainlevée.* Qu'adviendrait-il s'il passait outre? Le mariage serait-il nul? Cela dépend de la question de savoir s'il existe réellement un empêchement, et si cet empêchement est *dirimant.* La nullité ne peut résulter que d'une cause précise et réelle : l'opposition à elle seule ne crée qu'un empêchement *prohibitif.* Elle empêche la célébration, elle rend l'officier de l'état civil passible d'une amende, s'il y procède avant la mainlevée, mais le mariage est *valable,* à moins qu'il n'y ait réellement une cause particulière de nullité.

5° Enfin l'*état militaire :* le défaut d'autorisation des supérieurs ne pourrait avoir d'autre sanction que des mesures disciplinaires. L'interdiction de se marier sans autorisation n'est qu'une règle de police, et l'annulation du mariage serait sans proportion avec l'infraction. Sur l'autorisation exigée des militaires, voyez ci-dessus, n° 738.

***1002. Cas controversés.** — Cette liste s'allonge pour ceux qui admettent le principe : « Pas de nullité en dehors du chapitre IV. » Ils y ajoutent les empêchements dérivant de l'*abus du divorce* (art. 295) et de l'*adoption* (art. 348) que nous considérons comme dirimants (ci-dessous, n° 1014).

1003. Cas jadis admis. — Pendant quelque temps les arrêts ont considéré la prêtrise comme un empêchement prohibitif (Cass., 21 févr. 1833, S. 33. 1. 168 ; Cass., 23 févr. 1847, D. 47. 1. 129, S. 47. 1. 177). On croyait respecter à la fois la loi civile, en n'annulant pas le mariage, et les canons de l'Église en interdisant aux prêtres de se marier. Mais ce moyen terme ne put se soutenir, et la Cour de cassation se trouva entraînée en 1878 à considérer cet empêchement comme dirimant. Puis la doctrine de la nullité succomba à son tour en 1888 (ci-dessus, n° 741).

§ 3. — *Des mariages inexistants* (1).

1004. Observation préliminaire. — C'est pour corriger les résultats désastreux de leur principe « Pas de nullité sans texte » que les auteurs modernes ont été amenés à construire, à propos du mariage, leur théorie des *actes inexistants* à laquelle on a donné depuis une portée générale. Puisqu'il y a des cas où la loi ne prononce pas la nullité, et où il est raisonnablement impossible d'admettre que le mariage produise ses effets, on peut se tirer d'embarras en décidant que le mariage est inexistant et qu'alors la loi n'a pas à l'annuler. Telle fut la raison pratique de cette théorie, dont notre ancien droit n'avait jamais éprouvé le besoin.

Les hypothèses considérées comme des cas d'inexistence du mariage sont au nombre de trois seulement : l'*identité de sexe*, le *défaut de forme*, le *défaut de consentement.*

A. — Identité de sexe.

1005. Possibilité de l'hypothèse. — Les auteurs croyaient prévoir, d'une manière purement théorique, ce cas d'inexistence du mariage ; mais les annales judiciaires ont prouvé que la question pouvait se poser en pratique. Il y a des cas où les organes d'un sexe manquent totalement ou sont si mal conformés que le sexe devient douteux. Il est certain que le mariage suppose la différence de sexe entre les deux personnes qui s'unissent et qu'il

(1) Voyez SALEILLES, *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage* (Société d'études législatives, 1911, p. 351).

est radicalement nul lorsque l'on s'est trompé sur le sexe de l'une d'elles ou, ce qui revient au même, si l'une d'elles n'a pas de sexe déterminé.

1006. Jurisprudence. — Les tribunaux ont résolu diversement la question, tantôt déclarant le mariage nul comme n'ayant pas uni un homme et une femme (Montpellier, 8 mai 1872, D. 72. 2. 48, S. 72. 2. 272), tantôt le maintenant en considérant le vice de conformation comme un simple cas d'impuissance (Caen, 16 ou 23 mars 1882, D. 82. 1. 155, S. 82. 2. 108 ; Cass., 6 avril 1903, D. 1904. 1. 395, S. 1904. 1. 273). Cette différence de solution pourrait se justifier par la variété des cas. Dans l'affaire jugée par la Cour de Caen, le sexe de la femme était reconnaissable, bien qu'elle manquât des organes propres à la génération. Voyez cependant les critiques très justes formulées par M. Wahl, dans le *Sirey*, sous l'arrêt de 1903.

B. — Défaut de célébration devant l'officier de l'état civil.

***1007. Rareté de l'hypothèse.** — Le défaut de formes pour les actes solennels est plutôt un cas de nullité qu'un cas d'inexistence, mais il n'y a point d'inconvénient à déclarer l'acte inexistant, quand il n'est pas revêtu des formes requises par la loi. Tous les auteurs modernes considèrent comme tel le mariage qui aurait été célébré *devant un notaire* ou *devant un prêtre*, à plus forte raison celui qui aurait été contracté par un *simple échange de consentements*, comme avant le concile de Trente. Au reste, ces choses-là ne se voient plus, en France du moins, que dans les comédies de l'ancien répertoire qui gardent le souvenir du droit primitif.

***1008. État des textes.** — On attache en général beaucoup d'importance à décider que le mariage est inexistant quand il n'a pas été célébré par un officier de l'état civil, parce que, dit-on, la loi n'a pas expressément prononcé la nullité d'un pareil mariage, et il est nécessaire que le principe fondamental du mariage civil reçoive sa sanction. Si le nom de « nullité » n'est pas écrit dans la loi, la nullité y est cependant organisée par l'art. 194 : « Nul ne peut réclamer les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte inscrit sur le registre. » La preuve du mariage étant alors impossible, aucun de ses effets ne se produira. En quoi un texte parlant expressément de nullité serait-il plus énergique?

C. — Défaut absolu de consentement.

***1009. Effet radical du défaut de consentement.** — C'est pour ce cas que la notion de l'acte inexistant se trouve clairement énoncée dans l'art. 146 : « Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a pas de consentement. » Le texte suppose, en disant cela, une absence absolue de consentement, et non pas l'existence d'un consentement vicié par quelque cause accidentelle, ce qui rendrait le mariage simplement annulable.

***1010. Jurisprudence.** — D'après les auteurs, l'acte inexistant ne peut produire aucun effet : la première condition pour en produire serait d'exister. Raisonnant à l'aide de la pure logique, les auteurs en concluent que toute

personne pourra toujours et à toute époque opposer l'inexistence de l'acte quand on voudra lui faire produire effet contre elle.

La seule hypothèse où cette théorie pourrait recevoir son application, est celle où un mariage a été contracté par une personne en état de démence au moment de la célébration, mais la Cour de cassation semble l'avoir rejetée par un arrêt du 9 novembre 1887 (D. 88. 1. 161, S. 87. 1. 461). Un frère attaquait le mariage de son frère décédé, pour cause d'insanité d'esprit ; la Cour de cassation a décidé que les collatéraux ne pouvaient agir en nullité pour cette cause parce que l'action ne leur appartient que dans les cas prévus par l'art. 184, lequel ne vise pas l'art. 146 relatif au défaut de consentement. Cependant ce raisonnement n'a été qu'un moyen d'écarter l'action des collatéraux, toujours vue avec défaveur, et il est douteux qu'il devienne un principe de jurisprudence. Un arrêt fort bien motivé de la Cour de Bastia a considéré comme frappé de nullité absolue un mariage contracté par un homme en état d'imbécillité congénitale (Bastia, 8 févr. 1888, D. 88. 1. 317, S. 89. 2. 177).

§ 4. — *Des nullités absolues du mariage.*

A. — Causes de nullité.

***1011. Énumération.** — Les causes qui entraînent la nullité absolue d'un mariage sont au nombre de cinq seulement : l'*impuberté*, l'*inceste*, la *bigamie*, la *clandestinité*, l'*incompétence* de l'officier de l'état civil. Il en est une autre qui n'a pas reçu de nom particulier et qui aurait pu être admise en vertu de l'art. 295, mais elle est rejetée dans l'opinion générale. On pourrait la nommer l'*abus du divorce*. Enfin il en est encore deux autres qui doivent certainement être rejetées : la *prêtrise* et l'*impuissance*.

1° Impuberté.

1012. Controverse sur la nature de la nullité. — Le mariage d'un impubère est certainement nul, mais le caractère de la nullité qui l'atteint a été contesté. Ainsi qu'on le verra, cette nullité est susceptible de se couvrir au bout d'un temps plus ou moins long. Or les nullités véritables sont perpétuelles : « Quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest. » Néanmoins *il faut ranger ce cas parmi les nullités absolues*. Pour le démontrer il suffit de remarquer qu'une dispense d'âge, obtenue après le mariage, ne le rendrait pas valable : la ratification qui est toujours possible pour les actes annulables ne l'est pas pour lui. D'ailleurs, la loi accorde le droit d'opposer cette nullité à tout intéressé (art. 184), ce qui est le propre des nullités absolues. Il faut donc se borner à constater que, par suite d'une disposition spéciale de la loi, cette nullité présente un *caractère anormal* qui est d'être *temporaire* comme les nullités relatives.

2° Inceste.

***1013. Caractère absolu de la nullité.** — L'inceste est le vice qui atteint un mariage contracté entre parents ou alliés au degré prohibé, et la nullité qui résulte de l'inceste est absolue. Donc des dispenses obtenues après coup, dans les cas où elles sont possibles, ne valideraient pas le mariage. Tout ce que les époux pourraient faire, ce serait de se remarier après les avoir obtenues, et leur qualité d'époux légitimes ne daterait que du jour de la seconde célébration.

***1014. — Controverse pour la parenté adoptive.** — La parenté fictive qui résulte de l'adoption crée certains empêchements au mariage (art. 348). Si ces empêchements sont *dirimants*, la nullité sera certainement absolue puisque les relations de parenté sont d'ordre public ; mais ont-ils ce caractère? Non, d'après l'opinion générale. Par application de la règle : « *Pas de nullité en dehors du chapitre* IV », on les déclare simplement *prohibitifs*. Il est inutile de revenir ici sur la discussion de ce prétendu principe. Disons seulement que si cette cause particulière de nullité n'est pas mentionnée dans le chapitre IV du Titre « Du Mariage », il y en a une bonne raison : « c'est que, quand ce titre a été voté, on ne savait même pas si l'adoption serait permise. En outre, quand on a prohibé le mariage à cause d'une parenté adoptive, on l'a fait pour assimiler cette parenté à la parenté véritable. L'art. 348 emploie les mêmes expressions que les art. 161, 162 et 163 : « *Le mariage est prohibé entre...* » Il serait étrange qu'un père pût être valablement marié avec sa fille adoptive.

Le Code allemand a résolu le problème autrement : il déclare que lorsque des personnes liées par l'adoption contractent mariage contrairement à la loi, le mariage n'est pas nul, mais il rompt le lien établi par l'adoption (art. 1771). De plus, la loi allemande n'établit d'empêchement au mariage qu'entre l'adoptant et l'adopté.

3° Bigamie.

***1015. Conditions de la nullité.** — Il y a bigamie lorsque l'un des conjoints était déjà marié avec une autre personne le jour où il a contracté mariage. Le second mariage est frappé de nullité absolue (art. 148). Mais cette nullité suppose naturellement deux choses : 1° l'*existence*, 2° la *validité* du mariage antérieur.

1016. Cas d'absence du premier conjoint. — Si l'existence du premier mariage est douteuse par suite de l'*absence* du premier conjoint, le second mariage ne peut pas être attaqué, tant que dure l'incertitude sur la vie de l'absent. En effet, il ne peut être nul que *s'il est démontré que le premier mariage existait encore* au moment où il a été contracté ; or, par hypothèse, cette preuve est impossible, puisque le premier conjoint est en état d'absence. C'est seulement après le retour de l'absent ou lorsqu'on aura reçu de ses nouvelles qu'une action en nullité pourra être exercée (art. 139). Le Code a entendu consacrer ici une double maxime énoncée en 1723, dans une affaire célèbre, par l'avocat général Gilbert Desvoisins : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais elle ne doit jamais suffire non plus pour troubler un mariage contracté. » Malheureusement on verra (ci-dessous, n° 1044), que l'art. 139 soulève une difficulté sérieuse quand il s'agit de déterminer les personnes auxquelles la loi ouvre l'action en nullité.

***1017. Cas de nullité du premier mariage.** — Si le conjoint bigame prétend que son premier mariage est *nul*, la question de validité ou de nullité de ce premier mariage doit être *jugée préalablement* (art. 189). Cela est nécessaire, car si le premier mariage est nul il n'a pu empêcher la formation du second, le prétendu bigame étant en réalité libre au moment où il s'est marié de nouveau.

4° Clandestinité.

***1018. Caractère variable de ce vice.** — La clandestinité est le *défaut de publicité*. La publicité du mariage est double : il reçoit d'abord une *publicité préalable* au moyen de la publication ; puis *la célébration elle-même* se fait *publiquement*, c'est-à-dire que le public doit être admis à y assister : c'est pour cela que, sauf nécessité absolue, le mariage doit avoir

lieu dans la maison commune, et que les portes doivent rester ouvertes de façon à permettre au public d'entrer et de voir ce qui se passe.

L'un de ces éléments de publicité, ou même plusieurs à la fois, peuvent manquer, sans que la publicité fasse défaut. Le vice de clandestinité est donc *susceptible de degrés;* la publicité peut être plus ou moins complète. Il n'en est pas de même des autres vices, impuberté, bigamie, inceste : pour eux c'est tout l'un ou tout l'autre ; ils existent ou ils n'existent pas.

***1019. Distinction à faire.** — La loi tient beaucoup à la publicité : c'est le seul moyen de provoquer des oppositions et d'empêcher des unions illicites qu'il faudrait briser plus tard. Néanmoins le vice de clandestinité entraîne rarement l'annulation du mariage. Pour comprendre le système du droit sur ce point il faut distinguer le vice qui résulte du *défaut de publication*, et celui qui tient à la *célébration occulte du mariage.*

***1020. Absence de publication.** — L'absence de publication n'est pas une cause de nullité. L'observation de la loi est assurée seulement par une *amende* qui est de 300 francs pour l'officier de l'état civil, et pour les parties proportionnée à leur fortune (art. 192). C'est la *seule sanction* de cette irrégularité. Aussi range-t-on le défaut de publication parmi les empêchements simplement prohibitifs.

***1021. Célébration clandestine.** — Si la célébration n'a pas été publique, cette circonstance peut entraîner l'annulation. L'art. 191 le suppose, puisqu'il détermine les personnes qui ont le droit d'attaquer un mariage quand il n'a pas été célébré *publiquement.* Mais cette cause de nullité est, on peut le dire, réduite par la jurisprudence à l'état théorique (ci-dessous, n° 1023). Il a toujours été admis que les juges, saisis d'une demande en nullité fondée sur cette cause, jouissaient d'un *pouvoir discrétionnaire absolu.* En général ils en font un très large usage pour maintenir le mariage attaqué, lorsqu'il a été contracté librement et qu'aucune condition de fond ne faisait défaut. Un arrêt qui avait annulé un mariage pour simple clandestinité a été enregistré par J.-B. Sirey avec une longue protestation contre « cet acte de sévérité sans objet, étonnant autant que douloureux » (Cass., 9 mars 1831, S. 31. 1. 142). Depuis lors aucune décision judiciaire n'a sanctionné avec une pareille énergie la règle de la publicité.

1022. Clandestinité des mariages célébrés à l'étranger. — L'exemple le plus remarquable de cette tendance favorable aux mariages se rencontre dans l'application de l'art. 170. Cet article est relatif aux mariages contractés à l'étranger par des Français. Il veut que leur célébration soit précédée d'une publication faite en France conformément à la loi française. L'omission de cette formalité entraîne-t-elle la nullité du mariage? Sans doute il ne s'agit ici que de la publication, dont l'omission en général ne vicie pas le mariage. Mais, comme la célébration a lieu à l'étranger, cette publication constitue à elle seule toute la publicité que le mariage reçoit en France ; quand elle manque, la clandestinité est donc complète. Dans la doctrine il s'est formé deux opinions absolues, les uns voulant toujours déclarer le mariage nul, les autres écartant toujours la nullité parce que l'art. 170

ne la prononce pas expressément. — Mais la jurisprudence, faisant ici usage du pouvoir d'appréciation qu'on lui reconnaît toutes les fois qu'il s'agit de clandestinité, a donné une solution intermédiaire. Elle n'annule le mariage qu'autant que les époux sont allés se marier à l'étranger pour se cacher, et qu'ils se sont abstenus de rendre leur projet public en France pour éviter des oppositions qu'ils redoutaient. Elle considère alors leur mariage comme contracté *en fraude de la loi française* (Amiens, 26 juin 1902, S. 1904. 2. 34).

1023. Rareté des annulations pour clandestinité. — On peut dire qu'en fait, grâce à l'indulgence très justifiée de la jurisprudence, la clandestinité — quand elle est seule — n'est plus une cause de nullité de mariage. Les cours et tribunaux proclament encore le principe, mais ne l'appliquent plus. Cet état du droit qui est conforme aux traditions, est bien préférable aux rigueurs de l'annulation. Faisant allusion à une distinction entre les formes qui font partie intégrante de la célébration du mariage et celles qui sont de simples moyens de publicité, Tronchet disait au Conseil d'État : « L'omission de ces dernières formes « ne blesse pas l'essence du mariage. Cette distinction a toujours fait rejeter les réclamations « fondées sur la violation des formes, lorsque les conditions essentielles au mariage se trou- « vaient respectées » (séance du 28 oct. 1801). En effet lorsque les conditions essentielles se trouvent réunies, qu'importe l'irrégularité des formes, puisque les formes dont il s'agit ne sont établies que pour assurer le respect des règles de fond? L'observation de la loi est suffisamment garantie par les peines portées dans l'art. 193. Dans la réalité on n'a jamais vu en France depuis le Code civil la célébration entièrement clandestine d'un seul mariage.

1024. Des mariages tenus secrets. — Il ne faut pas confondre les mariages *clandestins* avec les mariages *secrets*. Le mariage secret a pu être célébré avec toute la publicité désirable et après les publications d'usage. Seulement les parties l'ont ensuite tenu caché, soit qu'il ait passé inaperçu dans le mouvement d'une grande ville, soit qu'ils soient allés s'établir après leur mariage dans une ville où ils n'étaient pas connus. Une déclaration de 1639 avait privé les mariages secrets de tout effet civil. Cette sévérité n'a pas été conservée dans le droit moderne. Néanmoins les époux n'ont aucun intérêt légitime à cacher leur mariage, et s'il en est résulté quelque préjudice pour les tiers, ils seront tenus de les indemniser, par exemple si la femme fait annuler des obligations contractées sans l'autorisation de son mari (application de l'art. 1382 C. civ.).

5° Incompétence de l'officier de l'état civil.

****1025. Deux sortes d'incompétence.** — L'officier de l'état civil peut être incompétent de deux façons. Il peut l'être d'abord *à raison de la personne*, lorsque ni l'un ni l'autre des époux n'a dans la commune son domicile réel ou une résidence suffisante pour le mariage. Cette première espèce d'incompétence est certainement une cause de nullité (art. 165 et 191 cbnés). L'officier municipal peut être incompétent *à raison du lieu*, lorsqu'il se transporte pour célébrer le mariage sur le territoire d'une autre commune. Beaucoup d'auteurs ne veulent pas que cette dernière espèce d'incompétence soit une cause de nullité, parce que, disent-ils, l'art. 191, parlant de l'officier public compétent, se réfère à l'art. 165 et non à l'art. 74 ; or ce dernier article est seul à exiger que le mariage soit célébré « dans la commune ». C'est encore une application du principe qui a été combattu ci-dessus (n° 995). Nous avons admis que le chapitre IV détermine, non pas les causes de nullité, mais seulement les personnes qui ont le droit d'attaquer les mariages nuls. Si le mariage célébré hors de la commune doit être annulé, la nullité dérive donc de l'art. 74, et ce texte-là suffit. On peut

même dire que l'incompétence à raison du lieu est plus radicale et plus complète encore que l'incompétence à raison de la personne.

1026. Caractère facultatif de la nullité. — Le pouvoir d'appréciation que les tribunaux possèdent quand il s'agit du vice de clandestinité, leur appartient également en cas d'incompétence. L'art. 193 punit en effet d'une amende « toutes contraventions aux règles prescrites par l'art. 165, « *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour* « *faire prononcer la nullité du mariage* ». Or l'art. 165 exige deux choses : la publicité de la célébration et la compétence de l'officier public. On en conclut qu'en cas de contravention à l'une ou à l'autre de ces deux règles les juges ont le droit de rejeter la demande en nullité.

On comprend que le pouvoir des tribunaux soit le même pour l'incompétence que pour la clandestinité, car les règles sur la compétence font partie du système de publicité établi par le Code. Si la loi veut que les particuliers se marient au lieu de leur domicile ou de leur résidence, c'est parce que c'est là qu'ils sont le mieux connus et qu'on a le plus de chance de voir se produire des oppositions. On pourrait donc soutenir sans exagération que la célébration du mariage dans une autre commune n'est qu'une forme particulière de la clandestinité.

6° Complicité d'adultère.

1027. Ancienne controverse. — La prohibition spéciale que contenait l'art. 298 a été supprimée par une loi du 15 décembre 1904. Auparavant, on se demandait si cette prohibition était sanctionnée par la nullité et l'opinion la plus commune se prononçait pour la négative.

7° Abus du divorce.

1028. Controverse. — « Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a postérieurement contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce » (art. 295). Si le *remariage* des deux ex-époux a eu lieu est-il nul? Même controverse et même réponse négative que pour la cause de nullité précédente.

8° Anciens cas de nullité abandonnés.

1029. Prêtrise. — On a vu (ci-dessus, nos 741 et 1003) que la prêtrise, d'après la jurisprudence la plus récente, ne constituait pas un empêchement au mariage, même avant la loi du 9 décembre 1905 qui a séparé l'Église de l'État. Depuis cette séparation, la question ne peut même plus être soulevée.

1030. Impuissance. — A partir de la puberté, l'aptitude à engendrer ou à concevoir n'est plus exigée par la loi comme une condition de mariage. L'impuissance n'est donc pas une cause de nullité. Il n'y a pas à distinguer si la preuve en pourrait être fournie facilement ou non, grâce à l'apparence du vice de conformation, ni si sa cause est naturelle ou accidentelle (Caen, 16 ou 23 mars 1882, D. 82. 2. 155, S. 82. 2. 108). Mais la question devient plus délicate si le vice de conformation est tel que l'on ne puisse déterminer le sexe auquel la personne appartient (ci-dessus, n° 712).

B. — Personnes pouvant agir en nullité.

1° Observations générales.

****1031. Concession limitative du droit d'attaquer le mariage.** — Le législateur a estimé qu'il vaut souvent mieux laisser subsister des unions

prohibées par la loi ou irrégulières dans leurs formes, plutôt que de les annuler et de contraindre les époux à se séparer. La loi a donc limité strictement l'exercice des actions en nullité, en précisant avec soin les personnes qui ont le droit d'attaquer le mariage. La détermination de ces personnes est le but véritable du chapitre IV. L'art. 180 l'a fait pour les vices du consentement ; l'art. 184 pour les cas d'impuberté, de bigamie et d'inceste ; l'art. 191 pour les cas de clandestinité et d'incompétence de l'officier civil.

***1032. Nombre de personnes pouvant agir.** — D'après la jurisprudence actuelle, le nombre des personnes auxquelles il est permis d'attaquer le mariage varie beaucoup. En principe l'action est ouverte (pour les cas de nullité absolue) *à tout intéressé*, plus le ministère public (art. 184 et 191) ; mais diverses restrictions viennent parfois modifier cette règle. Ainsi tandis que le ministère public perd son action quand le mariage nul est dissous, les collatéraux ne peuvent agir, au contraire, qu'après la mort de l'un des époux (art. 187). D'autre part les ascendants qui ont consenti au mariage d'un impubère sont privés du droit de l'attaquer. Il faut donc bien remarquer que toutes les personnes que la loi énumère spécialement ou englobe d'une façon générale sous la désignation d' « intéressés » *ne possèdent pas en même temps le droit d'agir.*

De plus, pour le cas spécial d'absence complète de consentement, la jurisprudence restreint singulièrement le nombre des personnes qui ont le droit d'attaquer le mariage : elle n'admet ce droit, par application de l'art. 180, que pour l'*époux dont le consentement a fait défaut*, alors qu'il devrait appartenir à tout le monde. (Cass., 9 nov. 1887, D. 88. 1. 161, S. 87. 1. 461).

***1033. Intérêts divers donnant l'action.** — Tantôt la personne qui demande la nullité se fonde sur un *intérêt moral.* Ceci arrive pour les époux eux-mêmes, pour le premier conjoint de l'époux bigame, pour les ascendants et pour le ministère public, représentant les intérêts généraux de la société. Du reste, en matière de mariage, le côté moral est le plus important ; les questions d'argent sont secondaires ; elles fournissent d'ordinaire l'occasion de la demande plutôt que son véritable motif.

Tantôt l'action se fonde simplement sur un *intérêt pécuniaire*, le demandeur n'ayant pas, aux yeux de la loi, d'intérêt moral à obtenir la nullité du mariage. Ceci arrive pour les collatéraux, pour les enfants d'un premier lit, pour les créanciers des époux et les tiers acquéreurs de leurs biens.

1034. Cas non prévus par la loi. — Malgré l'abondance des articles en cette matière, il reste encore un cas où la loi est en défaut : c'est l'hypothèse de l'*identité de sexe*, hypothèse extrêmement rare et qui n'a pas été prévue par le législateur. La doctrine vient ici au secours du texte avec sa théorie de l'inexistence du mariage et le droit d'opposer la nullité se trouve alors ouvert à tout intéressé. — Il en était de même au temps où la jurisprudence admettait la nullité du *mariage des prêtres;* il y avait là un motif d'ordre public qui ouvrait l'action à tout le monde.

Quant au *défaut de célébration devant un officier de l'état civil*, la question ne se pose pas, parce qu'un pareil mariage ne pourrait pas être *légalement prouvé* : nul n'a besoin de l'attaquer parce qu'il ne peut être opposé à personne.

2° Liste des personnes pourvues de l'action.

****1035. Les époux eux-mêmes.** — Une personne mariée a toujours le droit de rompre une union nulle, même quand elle est légalement coupable de l'avoir contractée. Les époux sont mentionnés en première ligne, et sans aucune distinction ni réserve, par les deux art. 184 et 191, parmi les personnes qui ont le droit d'attaquer le mariage. Ainsi l'inceste commis par eux ne les prive pas de ce droit ; le crime de bigamie lui-même n'empêche pas l'époux bigame d'obtenir un jugement de nullité en sa faveur. Nul ne peut être tenu de persister dans l'accomplissement d'un fait illicite.

***1036. Premier conjoint de l'époux bigame.** — C'est ordinairement lui qui réclamera en cas de bigamie pour faire respecter l'antériorité de son titre : le second mariage a été, comme dit l'art. 188, « contracté à son préjudice ». Ce texte lui permet d'agir « du vivant même de l'époux bigame ». Ces mots font allusion à une règle contraire établie dans l'art. 187 pour les collatéraux ou plutôt contre eux.

***1037. Conjoint divorcé.** — Après le divorce, les deux conjoints deviennent des étrangers l'un pour l'autre. L'un d'eux ne pourrait donc pas, en se prévalant de son ancien titre, agir en nullité (Cass., 24 mai 1892, D. 93. 1. 412, S. 92. 1. 299).

****1038. Ascendants des époux.** — Le droit d'agir vient pour eux de l'affection qu'ils portent à leur descendant et de l'offense qu'ils peuvent ressentir d'un mariage qui est peut-être criminel. Comme la loi n'a établi aucun ordre entre eux, on doit décider que l'*action leur appartient à tous concurremment*, et qu'un aïeul ou une aïeule pourraient agir malgré l'inaction des père et mère. Il n'y a pas lieu de suivre pour les demandes en nullité la hiérarchie établie pour les oppositions, puisque le même droit peut appartenir en même temps à d'autres personnes qu'aux ascendants.

Dans un cas particulier les ascendants sont *privés de leur action*. C'est lorsque leur descendant s'est marié étant encore impubère : *ceux d'entre eux qui ont consenti au mariage* ne sont pas recevables à en demander la nullité (art. 186). Il ne faut pas, a dit Portalis, qu'ils puissent « se jouer du mariage après s'être joués des lois ».

1039. Conseil de famille. — Lorsque l'un des époux est mineur et n'a plus d'ascendants, son conseil de famille, qui aurait eu le droit de consentir au mariage, a également, tant qu'il existe, c'est-à-dire tant que dure la minorité, le droit d'agir en nullité. Le conseil de famille, il est vrai, n'est pas expressément nommé dans les art. 184 et 191, mais il s'y trouve implicitement compris comme remplaçant les ascendants pendant la minorité de l'époux. Ce qui lève tous les doutes à cet égard, c'est que dans l'art. 186 la loi retire à « la famille », de même qu'aux ascendants, le droit d'attaquer le mariage pour impuberté lorsqu'elle y a donné son consentement. Si ce droit lui est retiré dans un cas particulier, c'est qu'il lui appartient en principe.

****1040. Collatéraux.** — La loi ne tenant pas compte de l'intérêt moral ou d'affection que les collatéraux prétendraient avoir à la nullité du mariage,

leur action se fonde toujours sur un intérêt pécuniaire. Il ne suffit pas d'ailleurs que cet intérêt soit éloigné et éventuel, il faut qu'il soit « *né et actuel* » (art. 187), c'est-à-dire déjà ouvert.

La loi suppose que cet intérêt né et actuel ne peut exister pour eux qu'*après la mort de leur parent :* il naît de l'ouverture de sa succession, qu'ils veulent recueillir à l'exclusion de son conjoint ou des enfants nés du mariage, qu'ils prétendront être illégitimes ; aussi l'art. 187 dit que les collatéraux ne peuvent pas agir « du vivant des deux époux ». En fait cela est toujours vrai. On a bien forgé des hypothèses dans lesquelles un intérêt né et actuel existerait pour eux du vivant des deux époux, mais ces combinaisons ne se sont jamais réalisées. Si par extraordinaire il s'en présentait une, il n'est pas douteux que les collatéraux immédiatement auraient le droit d'attaquer le mariage. Comp. Cass., 25 mars 1889, D. 90. 1. 227, S. 90. 1. 145.

1041. Enfants d'un premier lit. — Leur situation est à peu près la même que celle des collatéraux : ils ne peuvent agir qu'en vertu d'un intérêt né et actuel, mais il est facile de concevoir en leur personne l'existence de cet intérêt du vivant même des époux ; il suffit de supposer que l'un d'eux vient à mourir, laissant une succession bonne à recueillir ; les survivants seront obligés de subir le concours des enfants nés du second mariage, à moins que la nullité de ce mariage ne soit constatée. Nul doute qu'en pareil cas leur action ne soit recevable, malgré le texte trop étroit de l'art. 187 ; les rédacteurs de la loi n'ont pas songé à ces hypothèses exceptionnelles et se sont exprimés en vue des cas ordinaires ; mais il est inadmissible que le droit des enfants légitimes soit sacrifié, alors que celui d'un simple créancier serait protégé.

***1042. Créanciers et tiers acquéreurs.** — Les créanciers des époux auront souvent intérêt à leur opposer la nullité de leur mariage. S'agit-il d'un *créancier de la femme?* Si elle a traité avec lui sans autorisation, l'obligation ne peut être valable qu'autant que la nullité du mariage sera reconnue. S'agit-il d'un *créancier du mari?* Il se verra opposer l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles du mari, si on admet la validité du mariage. Il en est de même d'un *acquéreur d'un bien de la femme*, attaqué par elle à cause de l'inaliénabilité dotale de ses biens, ou d'un *acquéreur du bien du mari*, soumis au droit de suite attaché à l'hypothèque légale de la femme. Les créanciers et tiers acquéreurs sont admis à faire constater la nullité du mariage, puisque la loi accorde l'action « à tous ceux qui y ont intérêt » (art. 184 et 191). Comp. Cass., 30 juill. 1900, S. 1902. 1. 225, avec une note de M. Wahl.

1043. Ministère public. — Le procureur de la République a le droit de « faire casser » les mariages nuls : les art. 184 et 191 le mentionnent tous deux à la suite des divers intéressés. Son action se justifie parce que les causes de nullité absolue intéressent l'ordre public ; quelques-unes même constituent des délits ou des crimes. La loi lui donne en outre le droit de « faire condamner les époux à se séparer » (art. 190), condamnation dont on ne voit pas bien la portée, s'ils veulent continuer à vivre ensemble.

L'action du ministère public n'est possible que *du vivant des deux époux* (art. 190). Après la mort de l'un d'eux, l'état illégal que la loi l'autorisait à poursuivre a cessé, puisque le mariage nul est déjà en fait dissous par la mort. Des poursuites n'auraient plus d'objet et n'aboutiraient qu'à un scandale inutile.

Les expressions dont s'est servie la loi dans l'art. 190 doivent être bien comprises. Le texte dit : « ... *peut et doit demander...* » La loi ne lui impose pas l'obligation de poursuivre toujours et quand même, sans avoir examiné s'il ne ferait pas mieux de s'abstenir. Les art. 187 à 190 ont pour objet de déterminer le *temps* pendant lequel les diverses demandes en nullité doivent être formées. L'art. 187 ne permet aux collatéraux d'agir qu'après la mort de l'un des époux ; l'art. 188 permet au contraire au premier conjoint d'attaquer le second mariage du vivant même de l'époux bigame ; quant à l'art. 190, il établit une règle différente pour le ministère public ; celui-ci *peut* agir du vivant des époux, et même il *doit* le faire, parce qu'après la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, son action sera éteinte.

1044. Difficulté relative à la bigamie. — Pour le cas particulier où le premier conjoint était en état d'absence au moment où le second mariage a été contracté, l'art. 139, au titre de « De l'Absence », dit : « L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, *sera seul recevable* à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. » Par ce texte, la loi a voulu réserver l'action en nullité à l'absent, à l'exclusion de tous autres, mais on n'est pas d'accord pour déterminer la période pendant laquelle l'absent possède ce droit exclusif. Dans l'opinion qui prévaut en jurisprudence et en doctrine, la loi statue uniquement pour la période d'incertitude pendant laquelle on reste sans nouvelles de l'absent. Cet article n'est que la consécration du principe formulé autrefois par Gilbert Desvoisins (ci-dessus, nº 1016) et universellement admis, d'après lequel la simple possibilité de l'existence du conjoint absent ne doit pas suffire pour troubler un mariage contracté depuis sa disparition.

Mais quelques auteurs, parmi lesquels Laurent, pensent au contraire que l'art. 139 s'applique indistinctement à toute époque et que l'absent doit toujours être seul à pouvoir agir en nullité, alors même que l'incertitude a cessé parce qu'on a reçu de ses nouvelles ou parce qu'il est de retour. Ce système a contre lui les conséquences inadmissibles auxquelles il conduit : l'absent seul pouvant attaquer le mariage contracté par son conjoint, ce mariage serait traité comme régulier, s'il garde le silence.

C. — Effet des nullités absolues.

1045. Confusion commise par les auteurs du Code. — Les actes qui sont frappés de nullité absolue par la loi ne produisent aucun effet juridique ; la nullité dont ils sont atteints les paralyse de plein droit, sans qu'il y ait besoin de sentence d'annulation. Dans la conception des rédacteurs du Code il n'en est pas de même pour le mariage. A la séance du 27 septembre 1801, le Premier Consul se plaignit de voir que le projet n'expliquait pas dans quels cas le mariage est nul de plein droit, et Tronchet lui répondit : « *Jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire* » (Fenet, t. IX, p. 53). Ailleurs il parle de « faire casser » un mariage frappé de nullité absolue et il ajoute : « Après tout, ce mariage subsiste dans le fait » (*ibid.*, p. 50). Ces mots nous font comprendre en quoi a consisté l'erreur de Tronchet : il a confondu la *nullité* qui frappe l'*acte juridique*, avec la séparation des époux ou *cessation de l'union de fait*, ce qui ne concerne que l'*exécution de l'acte*.

***1046. Preuve d'une nullité agissant de plein droit.** — Les auteurs ne s'expliquent presque jamais sur la question. Seuls MM. Aubry et Rau disent qu'un mariage précédent, quoique entaché de nullité absolue, fait obstacle à la célébration d'une union nouvelle, tant que sa nullité n'a pas été prononcée par jugement (§ 463, nº 1). C'est bien là « cette *apparence* qu'il faut détruire », dont parlait Tronchet. Ne pourrait-on pas contester cette idée? Voici par exemple l'art. 189, qui déclare valable le second mariage du bigame, lorsque le premier est nul. Pour que le second mariage soit exempt du vice de bigamie, il faut nécessairement que le premier soit considéré comme *ayant été non avenu*, même avant toute sentence du juge.

Il faut donc admettre qu'avant le jugement sur la nullité, le mariage illégal est déjà privé de ses effets par la seule force de la loi.

***1047. Effets attribués à tort aux mariages nuls.** — Certains effets ont été parfois signalés comme produits par les mariages nuls de nullité absolue, tant que la justice n'a pas prononcé sur cette nullité. On a dit : 1° la femme, qui demande la nullité du mariage, doit être autorisée à cet effet par son mari ou par la justice ; 2° l'action doit être portée devant le domicile du mari, même quand elle est dirigée contre la femme. Or la *nécessité de l'autorisation maritale* et la *communauté de domicile* sont bien des *effets civils du mariage*. Voilà donc un mariage radicalement nul qui produit ses effets. — C'est *confondre la question de preuve avec la question de fond.* « Foi est due au titre » : une célébration de mariage a eu lieu ; l'acte de l'état civil est représenté ; une personne prétend que le mariage est nul, l'autre qu'il est valable ; on doit *agir provisoirement comme si le mariage était valable*, car il se peut que la justice prononce en ce sens. Ce n'est pas là attribuer efficacité à un mariage nul, c'est donner effet à un mariage dont l'existence en fait est prouvée et *dont la nullité ne l'est pas encore.*

D. — Réhabilitation exceptionnelle de certains mariages nuls.

***1048. Caractère ordinairement ineffaçable de la nullité.** — Les nullités absolues ne sont pas susceptibles de se couvrir : aucune ratification n'est possible, aucune prescription n'est à craindre. Cette règle générale s'applique en principe au mariage. Ainsi des dispenses d'âge ou des dispenses de parenté ou d'alliance, obtenues après coup, ne valideraient pas un mariage célébré avant l'âge ou contracté entre parents ou alliés. Ainsi encore un consentement réitéré donné par les époux ne les priverait pas du droit d'attaquer leur mariage (1). Enfin, quel que soit le temps écoulé depuis la célébration, la demande en nullité est toujours recevable.

***1049. Causes de nullité absolue susceptibles de se couvrir.** — Cependant il y a trois causes de nullité que la loi considère comme couvertes dans certains cas : ce sont l'*impuberté*, la *clandestinité* et l'*incompétence de l'officier public.* Il se produit alors une sorte de *réhabilitation* du mariage : il est à l'abri de toute attaque, la nullité ne pouvant plus être demandée par personne.

***1050. Faits capables d'effacer la nullité.** — Les faits, *postérieurs au mariage*, qui effacent son vice originel, sont : 1° la *puberté* acquise par l'époux qui s'est marié avant l'âge légal ; 2° la *grossesse* de la femme qui s'est mariée impubère et qui l'est encore ; 3° la *possession d'état* d'époux légitimes. Les deux premiers prévus par l'art. 185, effacent le vice d'impuberté : le dernier efface le vice d'une célébration clandestine ou faite par un officier incompétent (art. 196).

1° Arrivée de la puberté.

1051. Motif de la régularisation du mariage. — Une personne se marie avant d'avoir l'âge légal et sans dispense régulière. Son mariage est nul, mais au bout d'un temps plus ou moins long elle arrive à la puberté. La loi considère ce fait comme devant mettre un terme au vice du mariage : il y a eu une anticipation condamnable sur l'âge fixé par la loi, mais une fois cet âge dépassé, il serait inutile de rompre une union, régulière à tous autres égards, et à laquelle rien ne manque plus désormais. Ce caractère temporaire de la nullité qui dérive de l'impuberté a fait parfois douter que cette nullité fût réellement absolue (ci-dessus, n° 1012).

(1) Si les époux ont des doutes sur la validité de leur mariage, ils doivent procéder à une nouvelle célébration, après que le vice qui leur fait craindre la nullité a disparu (Orléans, 14 avril 1886, D. 87. 2. 95, S. 86. 2. 191). La première célébration n'est pas un obstacle, mais si sa nullité est plus tard démontrée, les effets du mariage ne dateront que du jour de la seconde, qui n'a aucune rétroactivité.

1052. Délai accordé aux parties. — Toutefois la survenance de la puberté ne couvre pas la nullité immédiatement, dès que l'époux a atteint le minimum d'âge fixé par la loi. L'article 185-1° réserve aux intéressés un délai de *six mois* pour former leur demande à partir du jour où l'époux trop jeune est devenu pubère.

2° Grossesse de la femme.

1053. Pourquoi et comment la nullité se trouve couverte. — Quand une femme se marie étant encore impubère, si elle devient enceinte avant l'époque de la puberté légale ou dans le délai de six mois établi par l'art. 185 à compter de sa puberté, ce fait prouve que l'épouse était nubile et que la présomption de la loi s'est trouvée fausse en sa personne. Il équivaut donc à l'arrivée de la puberté normale et doit produire le même effet qu'elle en faisant disparaître la nullité. C'est ce qu'a admis l'art. 185-2°. Si les deux époux étaient impubères au jour du mariage, la grossesse de la femme ne couvrirait pas la nullité tenant à l'impuberté du mari. Probante pour la nubilité de la femme, elle ne l'est pas pour celle du mari, car elle peut être le fruit d'un adultère.

La grossesse de la femme met fin immédiatement à toute action en nullité ; on n'a point établi pour ce cas le même délai de six mois que pour la simple arrivée de la puberté légale. C'est ce qui résulte de la comparaison du 1° et du 2° de l'art. 185.

3° Possession d'état.

1054. Effet de la possession d'état. — La possesssion d'état qui suit le mariage, quand les époux vivent publiquement et loyalement comme mari et femme, doit avoir pour effet de couvrir un simple vice de forme entachant sa célébration. En pratique c'est bien le résultat qui se produit, grâce à la jurisprudence, mais il est douteux qu'il soit conforme aux textes. L'art. 196, qui règle les effets de la possession d'état, est ainsi conçu : « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. » *De* CET *acte...*, il s'agit donc de celui dont il est parlé au début de la phrase, de celui qui est représenté, c'est-à-dire de l'acte écrit sur les registres « Acte » est donc pris ici dans le sens d'*instrumentum*, et non dans le sens de *negotium;* la loi n'entend pas parler de la célébration elle-même, considérée comme acte juridique. Cela est d'autant plus évident que dans la série d'articles dont celui-ci fait partie, la loi règle les *moyens de preuve* du mariage et qu'elle vient de dire dans l'article précédent que la possession d'état ne dispense pas ceux qui se prétendent mariés de produire un acte de l'état civil. La pensée de la loi est donc bien claire : la possession d'état à elle seule ne prouve pas le mariage ; elle peut seulement servir de complément de preuve, quand l'écrit destiné à prouver la célébration est irrégulier.

Mais la jurisprudence ne l'entend pas ainsi. Suivant elle, ce qui est couvert par la possession d'état, ce n'est pas seulement l'irrégularité de rédaction qui entache l'acte instrumentaire, c'est aussi le vice de forme qui se trouve *dans la célébration elle-même*, soit la *clandestinité*, soit *l'incompétence*. La plupart des auteurs approuvent cette interprétation extensive de l'art. 196.

1055. Son caractère relatif. — Le Code français ne fait de la possession d'état une fin de non-recevoir qu'autant que la demande en nullité est formée *par l'un des époux contre l'autre* : « Les époux, dit l'art. 196, sont *respectivement* non recevables... » Cet article n'a donc pas été écrit pour être opposé aux *tiers* qui attaquent le mariage, mais en fait la demande des tiers échouera toujours. Très souvent les époux auront été de bonne foi, les questions de compétence n'étant pas faciles à résoudre ; dès lors, les époux peuvent bénéficier de l'efficacité des *mariages putatifs*, de sorte que l'annulation de leur mariage ne l'empêcherait pas de produire les mêmes effets civils que s'il avait été valable. En outre, les tribunaux seront tentés de faire usage de leur pouvoir d'appréciation, puisqu'il s'agit de clandestinité ou d'incompétence et de maintenir le mariage malgré l'irrégularité de sa célébration.

§ 5. — *Nullités relatives.*

****1056. Leurs causes.** — Les causes de nullité relative pour le mariage sont les mêmes que pour les contrats ordinaires : le *vice du consentement* (art. 180-181) et l'*incapacité* (art. 182-183) ; seulement dans les deux cas, il existe des règles propres au mariage.

A. — Annulabilité pour vice du consentement.

1° Du dol.

****1057. Exclusion du dol comme cause de nullité de mariage.** — L'art. 180 n'admet comme vices du consentement capables de faire annuler un mariage que la *violence*, commise contre l'un des époux, et l'*erreur dans la personne*. Il ne fait pas mention du dol ; son silence est intentionnel. Le dol, qui de droit commun est un vice du consentement aussi énergique que la violence ou l'erreur (art. 1109 et 1113), ne permet pas d'attaquer un mariage. Pourquoi cela? Pourquoi la tromperie, la fourberie sont-elles ainsi permises et tolérées en matière de mariage? C'est que, pour arriver à la conclusion du mariage qui leur plaît, les parties se jettent réciproquement « la poudre aux yeux », comme dans la comédie de Labiche. Chacun se fait valoir, même en trompant l'autre pour vaincre ses résistances et ses hésitations. Cet effort réciproque est une sorte de lutte naturelle et inévitable. — De plus on se fait souvent à soi-même des illusions qui se dissipent plus tard, et on est porté à accuser l'autre partie de manœuvres dolosives. S'il était permis d'attaquer les mariages pour de pareils mécomptes, les demandes seraient probablement nombreuses, et l'institution du mariage serait ébranlée ; c'est à chacun de bien prendre ses renseignements avant de dire oui. Cette règle est ancienne dans notre droit : « *En mariage il trompe qui peut* » (Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. II, n° 3, édit. Dupin, n° 105).

2° Violence.

1058. De la violence. — A défaut de règles spéciales pour la définition de la violence en matière de mariage, on applique les art. 1111 et 1114, relatifs aux contrats. La violence est toute contrainte *matérielle* ou *morale* qui empêche le consentement d'être libre, par exemple des mauvais traitements ou des menaces de mort. Par exception, la loi ne considère pas comme une violence susceptible de donner l'action en nullité la *crainte révérentielle* qu'inspirent les ascendants quand il n'y a pas eu de violences exercées (art. 1113). Cette exception trouve son application principale au mariage, car c'est surtout pour les marier que les parents usent de leur autorité et imposent leur volonté à leurs enfants. Confiant dans leur affection et leur expérience, le Code ne considère pas l'enfant comme ayant le droit de se plaindre par cela seul qu'il a cédé à la volonté de ses parents. — Avec les formalités actuelles du mariage, sa célébration sous l'empire de la violence est devenue à peu près

impossible. En fait, depuis le Code civil, on n'en a vu qu'un exemple dans la pratique judiciaire (ci-dessous, nº 1087).

***1059. Du rapt.** — Le rapt a été autrefois une cause de nullité de mariage. La législation de Justinien, les capitulaires de Charlemagne, les conciles, notamment le Concile de Trente, l'avaient successivement proclamé. Le rapt est aujourd'hui encore puni quand il porte sur des mineurs (art. 354 à 357 C. pén.), mais la prohibition du mariage a disparu ; le mariage ne peut être annulé que si la personne ravie peut établir que son ravisseur a obtenu son consentement par la violence.

1060. De la séduction. — La séduction était définie par Pothier : « Les mauvaises voies et les mauvais artifices par lesquels on engage une jeune personne à consentir à un mariage sans employer la violence » (*Mariage*, nº 228). Dans notre ancien droit, on avait fait de la séduction une cause de nullité pour le mariage des mineurs ; c'était une façon détournée qu'employaient les Parlements pour annuler les mariages contractés par des mineurs sans le consentement de leurs parents : on considérait qu'ils s'étaient laissé séduire et que leur volonté n'avait pas été libre. — On pourrait soutenir que le Code civil admet encore ce système, car dans l'art. 180 il a évité de nommer la violence ; il déclare, en termes généraux, que le mariage peut être annulé quand le consentement n'a pas été « libre ». Cette tournure paraît comprendre même le cas de séduction ; Marcadé l'a soutenu (t. III, nº 250), mais il est resté seul de son avis. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question et voici pourquoi : la séduction n'était une cause de nullité que pour le mariage des mineurs ; or, quand un mineur se laisse aller à contracter un mariage sous l'empire de la séduction, il se passe du consentement de ses ascendants, de sorte que son mariage est annulable pour une autre cause. La théorie de la séduction avait sa raison d'être avant la Révolution, pour pallier les inconvénients du droit canonique qui permettait aux mineurs de se marier sans le consentement de personne ; elle n'en a plus dans le droit moderne, qui les oblige à obtenir l'autorisation de leurs parents. Portalis en a fait la remarque au Conseil d'État, en disant que la législation avait suffisamment pourvu par là à l'intérêt de la famille (Locré, *Esprit du Code civil*, t. I, p. 45 et suiv.).

3º Erreur.

***1061. Seule cause d'erreur admise.** — On n'applique pas la théorie ordinaire de l'erreur, qui fonctionne en matière de contrats (art. 1110). Il existe pour le mariage un texte spécial, l'art. 180, qui n'admet qu'*une seule espèce d'erreur* comme cause de nullité : l'*erreur dans la personne.*

Cet article provient du traité de Pothier sur le Mariage (nºs 308 à 314), où sont distinguées deux sortes d'erreurs : : 1º l'*erreur sur la personne*, qui détruit absolument le consentement et qui empêche le mariage de se former : « par exemple « si, me proposant « d'épouser Marie..., je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour « Marie... le concours des volontés des deux parties ne se trouve pas dans cette espèce, « puisque si Jeanne a voulu m'épouser, je n'ai pas de même voulu épouser Jeanne » ; 2º l'*erreur sur les qualités de la personne*, qui n'empêche pas le mariage d'être valable, « car il « n'est pas de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois « qu'elle a ; il suffit que ce soit elle que j'ai voulu épouser » (1). L'art. 180 n'est que la reproduction de la doctrine de Pothier.

(1) Le Premier Consul fit cette remarque fort juste : « L'erreur ne peut pas porter sur la personne physique : elle ne peut porter que sur les qualités » (Thibaudeau, *Mémoires sur le Consulat*, p. 429). En effet, dans l'hypothèse même de Pothier, l'erreur ne porte pas sur la personne physique ; Jeanne s'est présentée sous le nom de Marie : mais c'est bien Jeanne que son mari a voulu épouser, il a cru qu'elle s'appelait Marie, et qu'elle appartenait à une famille qui n'est pas la sienne : ce ne sont là que des *qualités*. On cite avec plus d'exactitude l'exemple de Jacob, qui voulait épouser Rachel et qui épousa Lia par l'effet d'une substitution frauduleuse opérée la nuit par son beau-père Laban (*Genèse*, 29).

1062. Opinions doctrinales. — Qu'est-ce que l' « erreur dans la personne »? Peu de questions ont fait autant discuter que celle-ci. Trois opinions sont possibles :

1° On peut s'en tenir rigoureusement à l'avis de Pothier et n'admettre comme cause de nullité que l'erreur *sur la personne physique*, qui suppose une substitution de personnes à peu près impossible à réaliser et dont la pratique n'a jamais offert d'exemple. En ce sens Malleville (t. I, p. 195 et suiv.) et Laurent (t. II, n° 293 et suiv.).

2° On peut regarder comme suffisante l'erreur sur l'*identité civile* de la personne. On en a vu en pratique plusieurs exemples. Un aventurier se fabrique de faux papiers, ou s'empare de ceux d'un autre, et se présente sous un nom qui n'est pas le sien. Il n'y a pas erreur sur l'individu physique ; c'est bien lui qu'on a voulu épouser, mais il y a eu erreur sur sa filiation et son origine : c'est une erreur sur la personne, c'est-à-dire sur son identité juridique. Le Premier Consul appelait cela une erreur *sur la famille* (Fenet, t. IX, p. 46). C'est l'avis de la plupart des auteurs modernes.

3° On peut enfin aller jusqu'à considérer comme viciant le consentement une erreur portant *sur une qualité substantielle* de la personne. Ce système laisse aux tribunaux la faculté d'annuler le mariage toutes les fois qu'il est établi que l'un des époux s'est trompé sur une qualité importante de son conjoint, telle qu'il n'eût pas consenti au mariage, s'il eût connu la vérité. Parmi les qualités de ce genre, auxquelles M. Huc propose de donner le nom d'*attributs de la personne*, on cite notamment la nationalité, la religion, la laïcité ou absence de tout engagement religieux contraire au mariage. Ainsi il semblerait tout à fait désirable qu'une femme, fervente catholique, qui a épousé par erreur un prêtre ou un moine défroqué, pût demander l'annulation de son mariage. — Cette dernière opinion a été adoptée par Marcadé, par Demolombe (t. III, n° 253), par Pont (*Revue critique*, 1861 et 1862 ; comp. Huc, t. II, n°s 75 et suiv.). Elle semble bien avoir été celle des auteurs du Code. Thibaudeau disait que, dans l'ordre social, les individus ont des qualités essentielles *qui les personnalisent*, et que, si croyant épouser un individu qui avait ces qualités, on en épouse un autre qui ne les a pas, il y a certainement erreur de personne ; Tronchet disait de son côté que l'erreur dépend de circonstances qui se diversifient à l'infini, tellement que la loi ne peut toutes les embrasser et doit poser le principe sans déterminer les divers cas où il y a erreur (Fenet, t. IX, p. 45- 46).

***1063. Jurisprudence.** — La jurisprudence a longtemps hésité sur le parti à prendre ; elle a été fixée dans le sens de la seconde opinion par un arrêt solennel de la Cour de cassation (Ch. réunies, 24 avril 1862, D. 62. 1. 153, S. 62. 1. 342), rendu dans une affaire où il s'agissait d'une femme qui avait épousé sans le savoir un forçat libéré, son mari ayant été condamné dans sa jeunesse à quinze ans de travaux forcés pour complicité d'assassinat. Il a été jugé que ce genre d'erreur ne constituait pas l'erreur dans la personne prévue par l'art. 180. Depuis lors on ne peut plus obtenir l'annulation d'un mariage que pour erreur sur l'*identité* (physique ou civile) de la personne et non pour erreur sur les qualités (1). Voyez notamment Bordeaux, 21 mars 1866, D. 66. 2. 87 ; Trib. Pont-l'Évêque, 22 mai 1906, D. 1907. 5. 5.). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait *fraude* ou *dol;* la simple *erreur* suffit.

(1) Le système suivi par la jurisprudence moderne reproduit assez exactement l'ancienne théorie canonique. Les canonistes reconnaissaient comme dirimante l'erreur sur la personne, *error personæ*, et par là ils entendaient l'erreur sur l'identité de la personne ; ils rejetaient au contraire l'erreur sur les qualités, *error qualitatis*. Toutefois l'erreur sur la qualité devenait une erreur sur la personne quand elle avait pour résultat de donner à cette personne une individualité sociale autre que la sienne. Voyez sur ce point Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 312-317.

1064. Critique de la jurisprudence. — Le système auquel s'est arrêtée la jurisprudence dérive d'une tendance exagérée à maintenir les mariages contre toute atteinte. Il conduit à des résultats choquants : une jeune fille de bonne famille épouse un forçat libéré, une catholique fervente épouse un moine ou un prêtre dont elle ignore la condition religieuse : ni l'une ni l'autre n'obtiendront l'annulation de leur mariage ; c'est une simple erreur de qualité. Mais un homme se fait passer pour noble en se servant de papiers qui lui attribuent un faux état civil : sa dupe obtiendra l'annulation du mariage parce qu'il y a eu erreur sur la personne. Dans ce dernier cas la personne trompée est infiniment moins digne d'intérêt que dans les deux premiers. Comp. nº 1170 ci-dessous.

1065. Jurisprudences et législations étrangères. — Bien que le Code italien (art. 105) ait la même rédaction que le nôtre et parle lui aussi d'erreur dans la personne (errore nella persona), la jurisprudence italienne l'interprète largement. On vu annuler un mariage contracté par un Turc, qui avait caché sa nationalité (Brescia, 10 oct. 1883, Dalloz, *Suppl.*, vº Lois, nº 290). En Allemagne, le Code civil autorise l'annulation du mariage quand l'erreur porte sur une qualité personnelle telle que l'autre époux n'aurait pas contracté mariage s'il avait connu l'état des choses (art. 1333). C'est le système adopté par le nouveau Code civil suisse (art. 124-2º).

4º De l'action en nullité pour erreur ou violence.

****1066. Personnes munies de l'action.** — La nullité qui résulte de la violence ou de l'erreur est *relative;* c'est dire que l'action n'appartient pas à toute personne qui aurait intérêt à faire annuler le mariage, mais seulement à certaines personnes déterminées, et même la loi a ici restreint si étroitement l'action qu'il n'y a jamais qu'*une seule personne* à pouvoir l'exercer, à savoir l'époux dont le consentement n'a pas été libre ou a été vicié par erreur. Ainsi on ne permet pas d'agir ni à l'*autre époux*, ni aux *tiers*, ni aux *ascendants* de l'époux auquel appartient l'action. Ceci est l'application des règles ordinaires, mais la loi va plus loin :

1º L'action est *refusée aux créanciers de l'époux.* C'est une de ces actions « attachées à la personne » dont parle l'art. 1166 et qui ne peuvent être exercées par les créanciers du chef de leur débiteur.

2º L'action est *intransmissible* et ne passe pas aux *héritiers de l'époux* après son décès. Ainsi les héritiers du conjoint prédécédé ne pourraient pas attaquer son mariage pour cause d'erreur dans la personne (Trib. Toulouse, 24 févr. 1879, D. 79. 3. 64).

1067. Controverse. — Si l'époux venait à mourir après avoir intenté son action et avant que l'instance fût terminée, ses héritiers auraient-ils le droit de la continuer? On l'admettait autrefois sans difficulté, par application de la règle romaine : « Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent » (Dalloz, *Répert.*, vº Mariage, nº 460). Mais les auteurs les plus récents enseignent généralement que cette circonstance même ne rend pas l'action transmissible aux héritiers ; ils en donnent pour raison que cette action n'a pas de but pécuniaire et est destinée seulement à rompre une union dans laquelle le défunt se trouvait engagé sans son libre vouloir ; lui mort, l'action n'a plus d'objet (Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, nº 150 ; Laurent, t. II, nº 450 ; Huc, t. II, nº 134). Cependant l'action a des conséquences pécuniaires considérables, et, comme il est de règle que les héritiers ont le droit de poursuivre les instances commencées par leur auteur, on devrait leur en reconnaitre ici la faculté, puisqu'un texte formel ne la leur a pas retirée. Argument art. 330.

***1068. Durée de l'action en cas de vie commune.** — Les nullités relatives sont toujours *temporaires*, c'est-à-dire que l'action qui est donnée par la loi pour obtenir l'annulation se prescrit. De droit commun le temps de cette prescription est de dix ans (art. 1304) ; pour le mariage, l'action en nullité est bornée dans un temps beaucoup plus court : la loi ne donne en principe que *six mois* pour l'attaquer (art. 181). Le point de départ de ce délai est, suivant les cas, la *cessation de la violence* ou la *découverte de l'erreur*. Tant que la violence se prolonge, tant que l'erreur n'est pas reconnue, on ne peut reprocher à l'époux violenté ou trompé de n'avoir pas agi ; il serait déraisonnable de faire courir la prescription plus tôt.

Pour que l'action se perde en un temps aussi court, il faut que la *cohabitation* entre les époux ait été *continuée pendant les six mois* (art. 181) : si l'époux violenté ou trompé continue la vie commune, il réitère en quelque sorte, et cette fois librement, son consentement au mariage. Cette cohabitation continuée pendant six mois vaut approbation tacite. Au contraire, s'il s'est retiré pour vivre séparément, il a protesté par sa conduite contre une union dont il ne veut pas, et l'art. 181 ne lui est pas applicable.

1069. Durée de l'action en cas de rupture. — L'action pourra donc, en cas de rupture entre les époux, être utilement exercée *après le délai de six mois;* malheureusement la loi a oublié de dire combien de temps elle durera. On peut hésiter entre trois solutions : la déclarer *imprescriptible*, lui appliquer la *prescription trentenaire*, la soumettre à la *prescription décennale*. — L'imprescriptibilité a ses partisans ; les actions d'état sont en général imprescriptibles ; la loi ne l'a dit nulle part expressément, mais cela résulte de leur examen : quelques-unes seulement ont été soumises à la prescription, comme l'action en désaveu. Cependant on peut remarquer que si l'imprescriptibilité convient aux actions d'état fondées sur des faits naturels qui resteront éternellement vrais, comme la filiation, elle convient beaucoup moins à celles qui ont pour objet de mettre fin (comme le fait l'action en nullité) à un état temporaire de sa nature comme le mariage. Aussi l'opinion la plus générale est-elle que cette action doit se prescrire. Dans cette idée, on lui applique la prescription de trente ans, qui est établie dans les termes les plus généraux par l'art. 2262 pour toutes les actions qui ne sont pas imprescriptibles. Quant à la prescription de dix ans, elle paraîtrait convenir spécialement ici, puisqu'elle est établie pour les actions en nullité ; mais le texte qui l'organise n'a pas une portée générale ; il concerne seulement les nullités des *obligations conventionnelles;* or le mariage n'est pas soumis aux règles des contrats ordinaires.

***1070. De la confirmation du mariage.** — Peut-on trouver des faits valant confirmation et faisant perdre à l'époux son action en nullité avant le temps de la prescription? La question ne peut pas se poser pour la *confirmation tacite :* la prétendue prescription de six mois réglée par l'art. 181 n'est, au fond, qu'une confirmation tacite, puisqu'elle suppose quelque chose de plus que le laps de temps. Ce cas ayant été réglé d'une manière précise par le Code, il ne peut pas y en avoir d'autre ; et, de fait, aucune circonstance autre que la cohabitation continuée pendant six mois ne prouve l'exécution volontaire et libre du mariage annulable. On a cité la grossesse de la femme survenant avant les six mois : mais si l'action en nullité appartient à la femme, son état de grossesse ne prouve pas qu'elle ait ratifié le mariage, car elle a pu subir une contrainte de la part du mari ; si l'action en nullité appartient au mari, la grossesse de la femme ne prouve pas davantage l'intention du mari de renoncer à la nullité, car elle peut être due à un adultère.

Pourrait-il y avoir une *confirmation expresse?* Il eût été très raisonnable de le permettre par une disposition spéciale, mais la loi ne l'a pas fait : elle n'a pas voulu admettre d'autre

fin de non-recevoir que celle qui se tire d'une cohabitation continuée pendant six mois.

B. — Annulation pour défaut de consentement des parents.

1° Cas où il y a nullité.

***1071-1072. Le principe.** — Les futurs époux ont besoin du consentement de leurs parents *tant qu'ils n'ont pas atteint leur majorité.* A défaut du consentement requis, le mariage contracté sera *annulable* (art. 182).

On sait aussi que le défaut de notification ne crée qu'un empêchement prohibitif et n'entraîne pas nullité (ci-dessus, n° 1001-1°).

2° Personnes ayant l'action en nullité.

***1073. Personnes dont le consentement était requis.** — La loi ouvre d'abord l'action à « ceux dont le consentement était requis » (art. 182). Cette formule vague fait naître plusieurs difficultés, qui divisent les auteurs, mais qui ne paraissent pas s'être présentées dans la pratique.

1° L'enfant avait encore son père et sa mère au moment de son mariage. L'action ne peut être exercée que par le père, tant qu'il est vivant ; mais si le père meurt, étant encore dans le délai utile pour agir, l'action en nullité passe-t-elle à la mère? Les auteurs français répondent affirmativement (Dalloz, *Répert.*, v° Mariage, n° 474 ; *Suppl.*, n° 251). Laurent a admis l'opinion contraire (t. II, n° 457) ; c'est l'effet de son système d'interprétation littérale ; il s'appuie sur ce que le consentement de la mère n'était pas « requis ». — Même question quand le père disparaît ou devient fou.

2° Quand le consentement requis était celui des aïeuls et aïeules, on est d'accord pour reconnaître que dans chaque ménage d'ascendants, l'aïeule ne pourra pas agir contre la volonté de son mari. Mais, si celui-ci meurt ou devient fou ou absent, la même question qui vient d'être examinée pour les père et mère s'élève à nouveau.

3° Si l'une des deux lignes déclare approuver le mariage, l'autre perd le droit d'agir en nullité. Il doit encore en être de même, si l'approbation d'une des lignes survient après que l'autre a déjà intenté l'action en nullité : cette action tombe, elle est désormais sans objet, puisque le consentement d'une des deux lignes suffit pour le mariage.

***1074. Époux mineur.** — L'action appartient en outre à l'époux qui s'est marié sans le consentement de sa famille, alors qu'il aurait dû en être pourvu. C'est lui que la loi veut protéger en sa qualité de mineur ; c'est donc à lui que l'action doit appartenir d'abord ; il devrait être seul à l'avoir, et si la loi la donne également à ses ascendants, c'est afin de le mieux protéger lui-même, parce qu'elle prévoit qu'il restera sous l'empire des mêmes influences qui l'ont entraîné à se marier sans l'approbation de ses parents.

1075. Refus de l'action aux créanciers et aux héritiers. — L'action en nullité de mariage, fondée sur l'incapacité de l'un des époux, est *attachée à la personne* de ceux qui la possèdent. Par conséquent elle ne peut être exercée ni par les créanciers de l'époux mineur ou de ses ascendants, ni par leurs héritiers.

A plus forte raison n'appartient-elle pas à l'autre époux, ni aux tiers.

1076. Absence de dévolution. — Quand l'ascendant auquel appartenait l'action vient à mourir la possédant encore, il ne se fait aucune dévolution au profit du degré suivant. Ainsi, après la mort du survivant des père et mère, l'action ne passe pas aux aïeuls et aïeules ;

et ceux-ci ne la possèdent pas de leur propre chef, puisque leur consentement n'était pas requis au jour où le mariage a eu lieu.

3° Fins de non-recevoir opposables aux ascendants.

***1077. Prescription annale.** — L'action en nullité qui appartient aux personnes dont le consentement était requis et n'a pas été obtenu, ne dure qu'un an (art. 183). Ce délai court du jour où elles ont eu connaissance du mariage (même art.).

***1078. Ratification du mariage.** — Les ascendants peuvent ratifier le mariage sans attendre que l'année que la loi leur donne pour agir soit écoulée. L'approbation qu'ils donnent au mariage peut être expresse ou tacite ; la loi accepte l'une et l'autre comme suffisante (art. 183). Ainsi la moindre marque de consentement donnée par eux soit dans leurs paroles, soit dans leur conduite, leur enlève le droit d'agir. On cite comme exemple le cas où le père (ou la mère) aurait accepté d'être parrain (ou marraine) d'un enfant à naître du mariage.

4° Fins de non-recevoir opposables à l'époux.

***1079. Prescription annale.** — Pour l'époux, comme pour ses ascendants ou son conseil de famille, l'action ne dure qu'un an (art. 183). Ce délai a pour point de départ le jour *où l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage* (même art.). La prescription éteint l'action quand même les époux auraient vécu séparés ; la loi n'exige pas qu'il y ait eu cohabitation comme au cas où la cause de nullité est un vice du consentement. La différence entre les art. 181 et 183 est très nette.

***1080. Ratification du mariage par les ascendants.** — L'époux qui s'est marié sans l'autorisation de sa famille, à l'âge ou il en avait encore besoin, peut perdre son action en nullité bien avant que la prescription déterminée par l'art. 183 se soit accomplie contre lui. Toutes les fois que les personnes dont le consentement était requis ont manifesté l'intention d'approuver le mariage ou qu'elles ont laissé passer, sans réclamation de leur part, l'année qui leur était donnée pour agir, *le mariage devient inattaquable;* le consentement donné par elles après coup fait disparaître la cause de nullité, puisque rien ne manque plus désormais à sa validité. Du reste le texte est formel : « Le mariage ne peut plus être attaqué *ni par les époux* ni par les parents dont le consentement était requis... »

La prescription annale opposable à l'époux n'aura donc l'occasion de s'appliquer qu'au cas où l'époux aura atteint sa majorité avant que ses ascendants aient appris son mariage ; et encore faudra-t-il que cette prescription ait le temps de s'achever avant qu'ils aient approuvé expressément ou tacitement le mariage.

1081. Controverse. — La loi n'a pas parlé, à propos de l'époux qui s'est marié irrégulièrement, d'une ratification émanant de lui : elle ne s'occupe que de la prescription. Ceci ne peut être l'effet d'un oubli, car le même texte règle, dans l'alinéa précédent, la

façon dont les ascendants peuvent ratifier le mariage. On doit en conclure que la loi a entendu écarter toute ratification venant de l'époux : on a jugé inutile d'abréger le délai d'un an donné à l'époux à compter de sa majorité, pour réfléchir sur les suites de son mariage et pour en demander la nullité.

5° Fins de non-recevoir à écarter.

***1082. Dissolution du mariage.** — La loi n'a rien dit du *cas où le mariage serait déjà dissous* d'une façon quelconque, avant que l'action en nullité soit exercée. Par conséquent, il faut décider que cette dissolution du mariage par le décès de l'un des époux ou le divorce n'empêche pas l'action en nullité d'être exercée ; elle peut encore avoir son intérêt pour effacer, même dans le passé, les effets que le mariage a produits pendant qu'il a duré.

1083. Dol de l'époux. — Beaucoup d'auteurs admettent une autre fin de non-recevoir, tirée du *dol de l'époux mineur*, lorsqu'il a employé des manœuvres frauduleuses pour persuader à son conjoint qu'il était majeur et pouvait se passer de toute autorisation. On peut bien, en ce sens, tirer argument de l'art. 1310, mais cet article est spécial aux contrats ordinaires et il est douteux qu'il puisse s'appliquer à un acte comme le mariage. En tout cas cette fin de non-recevoir ne paralyserait que l'action appartenant à l'époux auteur du dol et laisserait intacte celle que possèdent ses parents ou ascendants ou son conseil de famille.

§ 6. — *Autorité des jugements en matière de nullité du mariage.*

1084. Bibliographie. — Thèses de MM. Raymond Bufnoir, Paris, 1893, et Chéneaux, Bordeaux, 1895.

1085. Importance de la question. — Le principe de l'*autorité relative de la chose jugée* (ci-dessus, n° 361) est établi dans les termes les plus larges par l'art. 1351, et il est aujourd'hui reconnu que ce texte s'applique aux jugements rendus sur l'état des personnes bien qu'il soit placé dans le Code au Titre « Des contrats et des obligations conventionnelles ». Ce titre contient, outre les règles propres aux obligations, tous les principes généraux du droit civil, qui s'appliquent toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par des dispositions spéciales. Mais la question est de savoir s'il n'y a pas quelque raison particulière d'admettre une exception pour les nullités de mariage. Dans les affaires d'intérêt pécuniaire, questions de contrats, d'obligations, de propriété, de servitudes, etc., les personnes intéressées au débat sont toujours peu nombreuses ; le plus souvent il n'y en a que deux, le demandeur et le défendeur. Même quand il y en a davantage, il est facile de mettre tout le monde en cause et de terminer l'affaire dans une seule instance de façon qu'elle ne puisse pas se recommencer à l'avenir. Mais dans les questions de mariage, il n'en est pas de même : l'état d'une personne mariée la suit *dans toutes ses relations avec toutes les autres.* Il y a donc un intérêt de premier ordre à ce que l'état des époux soit *fixé d'une manière absolue*, c'est-à-dire qu'il soit le même à l'égard de tout le monde. C'est la condition de la sécurité dans les affaires.

1086. Distinction des jugements constitutifs et des jugements déclaratifs de l'état. — Avant d'examiner la question en elle-même, il est nécessaire de rappeler une différence déjà signalée (n° 448) entre deux catégories de jugements, les uns *constitutifs* de l'état, les autres simplement *déclaratifs.* Il y a des cas où l'acte qui modifie l'état d'une personne et qui lui confère une qualité nouvelle suppose l'intervention de la justice : tels sont le divorce, la séparation de corps, l'interdiction, l'adoption. En pareil cas, ce n'est pas l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement, parce qu'il n'est pas un *acte de juridiction* mettant fin à une contestation sur l'existence d'un droit et déclarant si ce droit existe, au profit de qui et dans quelle mesure. C'est un *acte d'autorité* qui crée un état nouveau, celui d'époux divorcés ou séparés de corps, d'aliéné interdit, d'enfant adoptif,

et le crée nécessairement pour tout le monde, comme le pourrait faire un mariage ou une émancipation. L'effet d'un jugement constitutif de l'état est donc nécessairement *absolu*.

Lorsqu'il ne s'agit pas de constituer l'état, mais seulement de le *vérifier*, pour savoir s'il existe réellement, l'état des personnes donne lieu à un véritable procès, terminé par un *jugement purement déclaratif*, par lequel le juge constatera l'état, sans le modifier en rien. C'est seulement à un jugement de ce genre qu'il peut être question d'attribuer un *effet relatif*, limité aux parties en cause.

***1087. Jurisprudence.** — Il n'existe sur la question qu'un seul monument de jurisprudence, ce qui montre à quel point elle préoccupe peu la pratique (Agen, 14 juin 1890. D. 91. 2. 153, note de M. de Loynes ; comp. Charmont, *Revue critique*, 1892). Il s'agissait d'une nullité de mariage prononcée pour *vice du consentement* (violence), c'est-à-dire d'un cas dans lequel l'action en nullité ne pouvait être exercée que par *une seule personne*, l'époux dont le consentement n'avait pas été libre. La cour a décidé que le jugement qui avait annulé le mariage devait avoir une *autorité absolue*, et que le mariage devait être tenu pour nul, même à l'égard des personnes qui n'avaient pas été représentées dans l'instance. Il est en effet admis, dans le cas où l'action en justice est réservée à une seule personne, que ce qui a été jugé pour ou contre elle crée un état absolu, réputé vrai à l'égard de tout le monde (ci-dessus, n° 448).

1088. Extension au second cas de nullité relative. — Le raisonnement employé par la Cour d'Agen peut encore servir pour le second cas de nullité relative (défaut de consentement des ascendants). Là encore l'action est réservée, non plus absolument à une seule personne, mais à un petit nombre, à deux peut-être (le mineur qui avait besoin d'autorisation et l'ascendant qui devait l'autoriser). On peut prévoir, par analogie, que la jurisprudence se prononcerait dans le même sens, puisque la grande majorité des intéressés est privée du droit d'agir ; il faut donc qu'on tienne pour vrai à leur égard ce qui a été jugé sur la demande d'une des personnes munies de l'action.

1089. Extension aux cas de nullité absolue. — Le même raisonnement ne peut plus être employé pour les *nullités absolues*, qui ouvrent l'action *à tous les intéressés*. Cependant il faut, ici encore, éviter à tout prix les difficultés et les incertitudes qui naîtraient d'une question indéfiniment débattue (note de M. de Loynes, D. 91. 2. 153). Or il y a une raison particulière pour accepter l'idée d'une autorité absolue attachée au jugement, même dans l'état actuel des textes. Il semble que, dans la pensée des auteurs de la loi, le jugement qui prononce la nullité d'un mariage n'est pas un jugement purement déclaratif ; pour eux, le mariage n'était pas nul de plein droit ; il est *cassé* par la justice (ci-dessus, n°s 1045 et suiv.). L'état de mariage était l'œuvre de la puissance publique autant que de la volonté des conjoints ; l'officier de l'état civil les avait unis « au nom de la loi ». Cet état reconnu et garanti par l'autorité publique a donc besoin d'être détruit au nom de la même autorité. Le jugement qui annule le mariage rend aux époux une liberté qu'ils n'avaient plus ; il modifie donc leur état : *ils étaient mariés, ils cessent de l'être*. Ainsi envisagé, le jugement aurait la nature d'un *acte constitutif d'un état nouveau* et, comme tel, il devrait avoir une portée absolue, pour le même motif que s'il s'agissait d'un jugement de divorce ou de séparation de corps.

Que tel soit bien l'esprit du Code, c'est ce qui résulte d'une double observation :

1° La loi suppose que l'époux dont le mariage a été annulé peut contracter un second mariage valable avec une autre personne (art. 147 et 189 cbnés). C'est donc que la nullité du premier mariage est acquise à l'égard de tout le monde par l'effet d'un jugement unique et que sa validité ne peut plus être soutenue par personne.

2° La loi confère au ministère public le soin de demander la nullité du mariage dans les cas de nullité absolue (art. 184 et 190). Cette mission serait parfaitement inutile si le jugement obtenu n'avait qu'une autorité relative, car les particuliers ne pourraient pas s'en prévaloir ; mais telle n'est pas la pensée de la loi, car le texte veut que le tribunal, sur les réquisitions du ministère public, condamne les époux à se séparer, ce qui montre que leur union est rompue à l'égard de tous.

1090. Cas où la demande en nullité a été rejetée. — On vient de voir ce qui se pro-

duit lorsque le mariage est annulé ; mais il se peut que la demande échoue. Que décider en pareil cas? Si la personne qui a intenté l'action était seule à l'avoir (par exemple un époux dont le consentement a été vicié), tout est fini ; le mariage est inattaquable puisque la seule personne qui pouvait le faire casser n'y a pas réussi. Mais si l'action appartient en même temps à d'autres, quel que soit leur nombre, il semble impossible de leur enlever le droit d'agir ; il faudrait un texte particulier déclarant que l'action se trouverait épuisée pour tous par l'initiative d'un seul des intéressés. Peut-être l'un d'eux, en agissant à nouveau, réussira-t-il à faire casser le mariage.

CHAPITRE XI

DES MARIAGES PUTATIFS

§ 1. — *Notion générale.*

****1091. Effet ordinaire de la nullité.** — Quand un mariage est déclaré nul ou annulé, il ne peut plus produire aucun effet ; et tous ceux qu'il avait paru produire jusque-là disparaissent, puisqu'il est réputé n'avoir jamais existé. L'apparence de légitimité que le fait de la célébration avait donnée à l'union de ces deux personnes se trouve rétroactivement détruite par la sentence judiciaire qui a reconnu ou prononcé la nullité. « *Quod nullum est nullum producit effectum.* »

1092. Conséquences. — 1° Les enfants nés du mariage ne sont pas légitimes. Dans la plupart des cas, ils seront enfants naturels simples. En cas de bigamie, ils seront adultérins pour l'époux bigame. En cas de parenté ou d'alliance, ils seront incestueux pour leurs deux parents.

2° La femme n'ayant jamais été mariée n'a jamais perdu sa capacité. Les actes qu'elle a pu faire sans autorisation doivent donc être considérés comme valables.

3° Les conventions matrimoniales contenues dans le contrat de mariage ne peuvent pas recevoir leur exécution. Elles supposent toujours l'existence d'un mariage, et il n'y en a pas. A défaut du contrat de mariage, il faudra appliquer les règles de droit commun, comme si les deux conjoints avaient vécu ensemble sans s'être mariés (Paris, 10 févr. 1892, D. 92. 2. 493), et souvent la liquidation et le règlement de leurs droits présenteront de graves difficultés. Comp. Cass., 12 nov. 1907, P. et S. 1909. 1. 268.

4° Les donations que les conjoints avaient pu recevoir de leurs parents ou des tiers tombent ; si elles ont été déjà réalisées, les biens reçus doivent être restitués. Une donation faite en vue du mariage est faite sous la condition *si nuptiæ sequantur* ; cette condition venant à défaillir par la nullité du mariage, la donation devient caduque.

5° Si les époux ont fait entre eux des conventions contraires à leur régime matrimonial, ces conventions sont valables, bien qu'il soit interdit de modifier le régime matrimonial pendant le mariage. Leur liberté tient ici à ce qu'ils n'étaient pas mariés. On a appliqué cette règle au cas où, prévoyant l'annulation de leur mariage, ils avaient eux-mêmes réglé à l'amiable leurs intérêts pécuniaires (Paris, 10 févr. 1892, précité).

6° Chaque époux perd le droit de succéder à son conjoint, qu'il tenait de l'art. 767. Dans le cas où la nullité serait prononcée seulement après la mort de l'un d'eux, le survivant qui aurait déjà recueilli sa succession devrait la restituer à qui de droit.

Le seul effet qu'on reconnaisse au mariage nul ou annulé est d'imposer à la femme un délai de dix mois avant de contracter un nouveau mariage (art. 228).

****1093. Définition du mariage putatif.** — Cet anéantissement complet des effets du mariage est extrêmement rigoureux. Il serait surtout pénible s'il se produisait contre les époux de *bonne foi*, c'est-à-dire contre des gens qui ont ignoré en se mariant la cause de nullité qui frappait leur union. Aussi est-il admis que le mariage nul, contracté de bonne foi, produit ses effets comme s'il avait été valable jusqu'à la sentence du juge déclarant sa nullité. La sentence met fin au mariage, comme le ferait un divorce : le mariage ne produit plus d'effets dans l'avenir ; mais ceux qu'il avait produits jusque-là subsistent, les droits acquis ne sont pas détruits. (Trib. Dijon, 13 mai 1907, D. 1910. 2. 196, P. et S. 1909. 2. 324). En d'autres termes, à raison de la bonne foi des parties, la nullité se réalise *sans rétroactivité*. Ce mariage s'appelle *mariage putatif* (*putativus*, réputé pour être ce qu'il n'est pas).

***1094. Origine canonique.** — La théorie des mariages putatifs vient du *droit canonique*. Le droit romain ne la connaissait pas (*Code*, liv. V, tit. 5, loi 6). En Orient, le principe primitif a subsisté dans toute sa rigueur. En Occident même, le mariage putatif n'apparaît qu'au XIIe siècle, dans les décrétales d'Alexandre III et dans les ouvrages de Pierre Lombard. Les *Exceptiones Petri*, qui sont du siècle précédent, l'ignorent encore (voyez les textes rapportés par M. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 32-33). Cette création paraît avoir été l'œuvre, non de la législation, mais de la doctrine, et elle a eu pour cause probable l'exagération des prohibitions de mariage entre parents : un grand nombre de personnes étaient exposées, de la meilleure foi du monde, à contracter des mariages nuls. Il fallait à tout prix trouver un palliatif.

§ 2. — *Conditions requises pour l'efficacité du mariage putatif.*

***1095. Comparaison du Code civil et du droit canonique.** — Le texte actuel n'exige qu'une seule condition pour que le mariage nul produise ses effets civils : il faut qu'il ait été « *contracté de bonne foi* » (art. 201 in fine). Le droit canonique exigeait de plus une *juste cause d'erreur*, le rendant excusable, et la *célébration publique* du mariage.

A. — De la condition de bonne foi.

****1096. Définition.** — La bonne foi consiste à ignorer l'empêchement qui s'opposait à la formation du mariage ou le vice qui a rendu insuffisantes les formalités remplies pour sa célébration.

L'erreur commise par les époux peut être une *erreur de fait* ou une *erreur de droit*. Il y aura erreur de fait si les époux ignorent, par exemple, le lien de parenté ou d'alliance qui les unit. Il y aura erreur de droit si un oncle et sa nièce se marient, ignorant la disposition de l'art. 162 qui leur interdit de se marier sans avoir obtenu des dispenses. Il y a eu quelque difficulté pour admettre que l'erreur de droit peut donner efficacité au mariage nul, mais

l'opinion favorable aux époux l'a emporté, et avec juste raison, car la loi ne distingue pas entre les deux espèces d'erreur (Paris, 14 mars 1889, D. 90. 2. 88).

****1097. Bonne foi d'un seul époux.** — Il suffit qu'un seul des époux ait été de bonne foi pour que les effets civils soient assurés au mariage, mais ils le sont alors d'une manière moins large que si la bonne foi avait été commune aux deux époux (ci-dessous, nos 1112 et s.).

****1098. Moment auquel la bonne foi doit exister.** — La bonne foi n'est nécessaire qu'au moment de la célébration du mariage. Il s'agit en effet d'apprécier la valeur d'un contrat : on ne peut se placer pour cela à un autre instant que celui où il s'est formé. Ainsi, une fois acquis aux époux, le bénéfice de leur bonne foi initiale leur reste, alors même qu'ils découvriraient la cause de nullité de leur mariage très peu de temps après, et resteraient en cet état longtemps avant que la nullité en soit constatée. Par suite, les enfants qui naîtraient pendant cette période seraient néanmoins légitimes, malgré l'état actuel de mauvaise foi de leurs parents.

1099. Charge de la preuve. — Pour bénéficier des effets du mariage putatif, faut-il que l'époux ou l'enfant né du mariage établisse l'existence de la bonne foi, ou bien est-ce à leur adversaire, qui conteste les effets du mariage, à prouver que les époux étaient de mauvaise foi en se mariant? Certains auteurs appliquent rigoureusement la règle d'après laquelle celui qui veut bénéficier d'une faveur exceptionnelle de la loi, comme est celle de l'art. 201, doit prouver qu'il remplit les conditions requises (Demolombe, t. III, no 359; Laurent, t. II, no 506). D'autres distinguent entre l'erreur de droit et l'erreur de fait; la bonne foi serait présumée dans le second cas, mais non dans le premier, parce que nul n'est censé ignorer la loi (Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 59). Enfin l'opinion qui présume toujours la bonne foi a aussi ses partisans (Dalloz, *Suppl.*, vo Mariage, no 323) et elle a été consacrée par la jurisprudence (Aix, 11 mars 1858, D. 71. 5. 260; Cass., 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 281). On s'appuie sur l'art. 2268, aux termes duquel : « La bonne foi est toujours présumée; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. » Bien qu'écrit à propos de la prescription, cet article n'établit pas une présomption spéciale à cette matière; il est fondé sur une idée générale, à savoir que nul n'est présumé avoir contrevenu sciemment à la loi.

B. — Du juste motif d'erreur.

1100. Ancien droit. — On ne se contentait pas jadis de la bonne foi, il fallait en outre que l'époux eût à faire valoir une juste cause, expliquant l'erreur dans laquelle il était tombé. Voyez les exemples que donne Pothier : il suppose que la femme d'un soldat, laissé pour mort sur le champ de bataille, s'est remariée « sur la foi d'un certificat de mort de son mari, en bonne forme, du major du régiment » (no 437). Dans d'autres exemples, emprunté par lui à des arrêts de 1689 et 1693 (mariages d'un chevalier de Malte et d'un récollet, qui s'étaient fait passer pour laïques), la juste cause de la bonne foi est l'erreur commune que la femme avait partagée (no 439). Comp. le *Nouveau Denizart*, t. III, vo *Bonne foi des contractants*, § 2, no 1.

1101. Jurisprudence actuelle. — La jurisprudence moderne n'exige plus cette condition, parce que le texte ne parle que de la bonne foi. On aurait pu cependant tenir compte de ce que disait Portalis dans l'*Exposé des Motifs*, qu'on avait voulu consacrer une maxime introduite par le droit

canonique et depuis longtemps adoptée dans nos mœurs (FENET, t. IX, p. 174). Ces paroles indiquent l'intention de ne rien changer.

C. — Condition de publicité.

1102. Comment elle s'était introduite. — Depuis que le concile de Latran avait exigé une annonce publique du mariage au moyen des bans, l'omission de cette formalité était considérée comme une faute, comme un péché contre les lois de l'Église ; le mariage célébré clandestinement n'était pas nul par cela seul, mais s'il existait un empêchement dirimant, les époux n'étaient pas admis au bénéfice du mariage putatif. La publicité de la célébration devint ainsi une condition du mariage putatif (GUI COQUILLE, *Coustume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 1er).

1103. Comment elle a disparu. — Le texte actuel ne suppose pas que le mariage a été *contracté publiquement.* Personne ne soutient que cette condition ancienne soit encore nécessaire ; mais sa disparition ne crée pas un grand vide, car lorsque les époux se seront cachés pour se marier, il sera bien rare qu'ils aient été de bonne foi : ce fait seul révélera leur connaissance de l'empêchement qui rend le mariage nul.

§ 3. — *Vices couverts par la bonne foi.*

1104. Système ancien. — Avant le Code civil la bonne foi des époux couvrait seulement les nullités dues à l'existence antérieure d'un empêchement dirimant, et non les nullités de forme qui pouvaient entacher la célébration du mariage. Le jurisconsulte Hertius s'exprimait en ces termes : « Matrimonium putativum... bona fide et *solenniter* contractum... » Loin d'être couvertes par la bonne foi des époux, les irrégularités de forme empêchaient la bonne foi de produire ses effets. Le système ancien reposait donc sur cette idée très simple que nul n'est censé ignorer les formes du mariage, tandis qu'il peut toujours exister un empêchement à l'insu des époux.

***1105. Jurisprudence moderne.** — Dans le droit actuel, la théorie du mariage putatif s'est élargie : la bonne foi des époux peut rendre valable un mariage dont la cause de nullité est un vice de forme. Ce changement provient de l'établissement de formes nouvelles instituées pour le mariage par les lois civiles et de la variété qui existe à cet égard entre les différents États. Cet antagonisme de lois amène des irrégularités d'une manière à peu près inévitable ; à l'intérieur du pays même, le changement de législation n'a qu'un effet temporaire, et la validité des unions irrégulières pourrait n'être admise qu'à titre de mesure transitoire ; mais la diversité des législations nationales est une cause permanente d'erreurs.

La jurisprudence décide donc qu'un mariage contracté *devant un prêtre,* dans un pays et à une époque où le mariage civil était obligatoire, peut néanmoins valoir à titre de mariage putatif. C'est ce qu'a admis la Cour de Bordeaux, pour un mariage contracté à l'église métropolitaine de Mexico, près d'un an après que le décret de Juarez sécularisant le mariage y avait été promulgué (5 févr. 1883, DALLOZ, *Suppl.*, t. X, p. 427, note 1 ; S. 83. 2. 137). Même solution de la Cour de Bruxelles pour un mariage célébré à Tournai en 1799 peu de temps après l'introduction du mariage civil par la conquête française (*Pasicrisie*, 1852. 2. 331).

A plus forte raison, la bonne foi des époux couvrirait-elle le vice résultant de l'incompétence de l'officier qui a célébré le mariage. Ainsi le mariage contracté devant un *agent diplomatique*, entre deux personnes dont l'une seulement appartient à la nation qui a accré-

dité cet agent, est généralement nul pour incompétence. Il vaudra néanmoins comme mariage putatif, parce qu'il y a eu une célébration qui, même pour la loi française, est une des formes du mariage. — Comp. Cass., 30 juill. 1900, S. 1902. 1. 225.

1106. Opinion doctrinale dissidente. — Quelques auteurs, et non des moindres, raisonnant sur les textes d'une façon étroite, pensent que la bonne foi des époux ne peut couvrir que les causes de *nullité* proprement dites et non les causes d'*inexistence* du mariage (Demolombe, t. III, nº 354 ; Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 46, note 1 ; Laurent, t. I, nº 515 ; Huc, t. II, nº 161). Leur argument principal est que dans tout le chapitre IV, et spécialement dans les art. 201-202, la loi ne parle que des mariages nuls et non des mariages inexistants. Ils ajoutent qu'un mariage qu'il est nécessaire d'annuler peut produire ses effets, tandis qu'un mariage inexistant est le néant, et qu'il est difficile de comprendre que le néant puisse avoir des effets. — Vraie en principe pour les cas de véritable inexistence du mariage, dus à l'absence d'un élément essentiel au mariage d'après la nature même des choses, cette opinion est inacceptable pour le simple *vice de forme*, lequel est plutôt un cas de *nullité*, établi arbitrairement par la loi, qu'un cas *d'inexistence*. Voyez ci-dessus, nº 1007.

***1107. Nécessité d'une célébration.** — Il est cependant nécessaire qu'il y ait une forme quelconque de célébration. D'après le texte, c'est le mariage « *contracté* » de bonne foi qui peut produire les effets civils. Il faut donc qu'il y ait eu au moins quelque chose qu'on puisse considérer comme la célébration d'un mariage (comp. Demolombe, t. III, nº 354). Ainsi on devrait certainement refuser les effets civils du mariage à quelqu'un qui prétendrait s'être marié sans aucun acte. Il est même douteux que les tribunaux consentent jamais à valider à titre putatif, comme le proposait Marcadé, un mariage contracté devant un greffier de juge de paix, par une jeune fille ignorante et abusée.

§ 4. — *Effets du mariage putatif.*

A. — Premier cas : les deux époux étaient de bonne foi.

****1108. Plénitude d'effets du mariage.** — Quand les deux époux ont été de bonne foi, le mariage, bien qu'annulé, produit tout autant d'effets que s'il avait été valable (art. 201). Il n'y a de différence que dans la durée du temps pendant lequel ces effets se produisent.

1109. Légitimation des enfants antérieurs au mariage. — Les enfants nés avant le mariage se trouvent-ils légitimés? La plupart des auteurs modernes admettent l'affirmative (Demante, t. I, nº 283 *bis*, VII ; Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 50, note 12 ; Laurent, t. II, nº 509 ; Huc, t. II, nº 167). Il leur a semblé naturel que le mariage putatif, auquel la loi accorde tous les effets civils, puisse légitimer les enfants comme le ferait un mariage valable ; peut-être a-t-il été contracté spécialement en vue de produire cette légitimation. Comme interprétation du Code, cette opinion est cependant très douteuse. Si l'art. 201 ne précise pas quels enfants doivent bénéficier de la légitimité, l'art. 202 est plus explicite : elle ne profite qu'aux enfants « issus du mariage ». C'est d'ailleurs la solution traditionnelle. D'après le droit canonique le mariage putatif avait bien pour effet de donner la légitimité aux enfants conçus depuis le mariage, mais non à ceux qui étaient nés d'un commerce antérieur, et Pothier s'explique sur ce point de manière à ne laisser aucun doute (*Mariage*, nº 441).

***1110. Époque où cessent les effets du mariage putatif.** — A partir du jour où la sentence de nullité est rendue, le mariage cesse d'avoir effet. Par conséquent aucun résultat nouveau ne peut plus se produire ; à partir de ce moment, la situation est la même que s'il y avait eu divorce : les deux époux étaient mariés, ils ne le sont plus ; mais cet effet se produit sans aucune rétroactivité : la nullité n'atteindra le mariage qu'à compter du jugement, et non à compter de la demande, comme le voudrait la règle ordinaire. Ce qui empêche cette règle de s'appliquer ici, c'est la bonne foi des époux qui (bien qu'elle ait peut-être disparu en fait) continue à les protéger jusqu'à l'annulation de leur mariage.

1110 *bis.* **Perte du droit de succession.** — Si les deux époux sont encore vivants lorsque l'annulation de leur mariage est prononcée, chacun d'eux perd le droit de succéder à l'autre, droit qui lui appartient en qualité d'époux (art. 767) : après l'annulation ce titre leur est enlevé. Il est facile de comprendre pourquoi les deux époux ne peuvent plus se succéder l'un à l'autre, alors que le droit de succession subsiste entre chacun d'eux et ses enfants : c'est que la qualité d'enfant légitime est permanente et survit à la dissolution du mariage, tandis que la qualité d'époux est temporaire et se perd quand le mariage est dissous. — Si l'un des époux était déjà mort quand la nullité est reconnue, sa succession, recueillie par le survivant, resterait acquise à celui-ci, qui était encore son *conjoint* au jour du décès. Il résulte de là que si le mariage putatif était nul pour cause de bigamie, et s'il venait à se dissoudre par la mort de l'époux bigame, la succession du bigame se partagerait entre ses deux conjoints.

1111. Jurisprudence en matière d'obligation alimentaire. — Deux époux se doivent mutuellement des aliments (art. 212). C'est encore une des conséquences du titre d'époux qui disparaît quand le mariage est annulé. Par conséquent l'un d'eux ne peut plus à l'avenir réclamer une pension à son ex-conjoint (Alger, 26 mai 1879, D. 80. 2. 161, S. 79. 2. 241). On devrait même décider que la pension allouée au temps où le mariage durait encore doit cesser. Voyez cependant Rouen, 9 avril 1887 (S. 87. 2. 235), qui se justifie par cette raison particulière que l'époux créancier d'aliments était seul de bonne foi et avait droit à une indemnité à raison de la rupture du mariage.

B. — Second cas : un seul époux était de bonne foi.

***1112. Situation inégale des deux époux.** — Lorsqu'un seul des deux époux a été de bonne foi, le mariage nul produit encore ses effets civils comme mariage putatif, mais d'une façon moins pleine ; l'époux de mauvaise foi est privé du bénéfice de la loi ; seuls, l'autre époux et les enfants en profitent (art. 202). Il en résulte pour les époux une situation inégale : l'un d'eux subit tous les effets avantageux qui se réalisent au profit de son conjoint sans bénéficier personnellement du mariage en quoi que ce soit. Ce n'est pas une injustice, c'est la conséquence de sa mauvaise foi.

Quelques exemples feront comprendre jusqu'où va cette inégalité de traitement.

1113. Droit de succession. — Les enfants nés du mariage seront traités comme légitimes par rapport à leur père et à leur mère, et ils pourront succéder à l'un et à l'autre ; l'époux de bonne foi leur succédera également, mais non celui qui a été de mauvaise foi ; il ne pourra pas recueillir les successions de ses enfants ou petits-enfants qui décéderaient avant lui. Mais on décide en général que cette exclusion lui est personnelle et ne s'étend pas aux autres descendants de sa ligne, pour lesquels les enfants nés du mariage sont des des-

cendants légitimes ; il n'y a aucune raison pour modifier ici le caractère ordinaire du droit de succession qui est la *réciprocité*, car on ne peut reprocher aucune faute à ces ascendants de l'époux de mauvaise foi.

1114. Donations. — L'époux de mauvaise foi perd la donation qui a pu lui être faite par son conjoint dans le contrat de mariage, quand bien même il y aurait eu donation mutuelle de la part de chaque conjoint à l'autre pour le cas de survie, ce qui est très fréquent. Maintenir cette donation, ce serait donner effet au mariage en vue duquel elle a été faite. Celui qui était de bonne foi conserve au contraire le bénéfice de la donation qu'il a reçue pour la recueillir à la mort du donateur, s'il lui survit.

Les époux peuvent se faire d'autres donations pendant le mariage. Celles-là n'ont pas pour cause le mariage ; leur validité n'en est pas un « effet civil ». Par conséquent elles doivent survivre à l'annulation du mariage, mais comme elles sont essentiellement *révocables* (art. 1096), leur maintien n'est pas absolument sûr.

Quant aux donations que l'époux de mauvaise foi a reçues d'un tiers en vue du mariage, elles doivent en principe tomber comme les autres, car elles sont faites sous la condition : « Si nuptiæ sequantur », et à l'égard de cet époux, il n'y a pas de mariage. Néanmoins il y aurait lieu de les maintenir, selon l'avis de beaucoup d'auteurs, au cas où il existerait des enfants nés du mariage, car ces libéralités doivent un jour profiter aux enfants, et leur annulation priverait ceux-ci d'une partie des effets que l'union de leurs parents doit produire à leur profit (1).

1115. Puissance paternelle. — La puissance paternelle, avec toutes ses conséquences, n'appartiendra qu'à l'époux de bonne foi ; l'autre en est nécessairement privé après l'annulation du mariage.

1116. Annulation des actes de la femme. — Au cas où la femme aurait fait des actes avec des tiers sans autorisation, celui des deux époux qui se sera marié de bonne foi aura seul le droit d'en demander la nullité ; tandis que de droit commun l'action en nullité est ouverte conjointement aux deux époux contre un acte non autorisé.

1117. Hypothèque légale. — Il y aurait plusieurs difficultés à résoudre, principalement pour l'exécution des *conventions matrimoniales* dans l'hypothèse où un seul des époux a été de bonne foi. Elles dépassent les bornes d'un manuel. On les trouvera indiquées avec précision dans l'ouvrage de MM. Aubry et Rau (t. V, § 460). Nous dirons seulement que, si c'est la femme qui a été de mauvaise foi, elle ne pourra pas opposer son *hypothèque légale* aux tiers, créanciers du mari ou acquéreurs de ses biens,

---

CHAPITRE XII

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

***1118. Définition.** — La dissolution du mariage est la *rupture du lien conjugal et la cessation des effets que l'union des époux produisait soit à leur égard, soit à l'égard des tiers.* La dissolution d'un mariage suppose sa validité. Le mariage nul ne se dissout pas : quand sa nullité est reconnue,

(1) Cette solution est incontestable quand il s'agit de donations portant sur les biens à venir, car en pareil cas les enfants à naître du mariage sont considérés comme étant eux-mêmes et personnellement donataires, à défaut de leurs père et mère gratifiés en première ligne (art. 1082-1084-1086-1089). Il y a quelques dissentiments pour les donations de biens présents, car les enfants n'en peuvent profiter que comme héritiers du conjoint gratifié. Cependant, même alors, la même solution est nécessaire pour donner toute sa portée à l'art. 202.

il est reconnu du même coup qu'il n'a jamais produit d'effets, ou bien ceux qu'il avait produits, s'il était simplement annulable, sont rétroactivement anéantis. Le tout sauf application de la théorie des mariages putatifs.

1119. Effets. — La dissolution d'un mariage met fin à tous les effets qu'il produisait. Néanmoins l'*alliance* qu'il a établie subsiste et crée certains empêchements à une nouvelle union (ci-dessus, n° 728).

1120. Causes. — Les faits qui opèrent la dissolution du mariage sont : 1° La *mort* de l'un des époux ; 2° le *divorce*. On doit assimiler aux causes véritables de dissolution la sentence qui annule un *mariage putatif*.

L'art. 227 mentionne en outre la condamnation de l'un des époux à une peine emportant *mort civile*, mais cette cause a disparu depuis la loi du 31 mai 1854.

L'*absence* est-elle une cause de dissolution du mariage? Non certainement, d'après les textes du Code civil, qui ne la mentionnent pas. Non encore d'après la raison, car l'absence est l'incertitude sur la vie ou la mort ; on ne sait pas si l'absent est mort, on ne sait donc pas si son mariage est dissous.

CHAPITRE XIII

DES SECONDES NOCES

§ 1. — *Droit de se remarier.*

1121. Possibilité de se marier plusieurs fois. — La dissolution du mariage rend à chaque époux, s'il y a divorce, ou à l'époux survivant, s'il y a décès, sa liberté au point de vue matrimonial ; n'étant plus engagé dans les liens de l'union dissoute, il est libre d'en contracter une nouvelle, puis une troisième après la dissolution de la seconde, et ainsi de suite.

1122. Doctrine canonique. — En combinant la doctrine de l'indissolubilité du mariage avec la croyance à l'immortalité, on arrive à considérer comme adultère et bigame celui ou celle qui se remarie après la mort de son conjoint. La prohibition des secondes noces fut un dogme des *Cathares* (purs), condamnés comme hérétiques par le concile de Nicée, en 325. L'Église catholique a toujours enseigné qu'il est permis de contracter successivement plusieurs mariages sans limitation de nombre. « Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit ; quod si dormierit vir ejus, liberata est : cui vult nubat » (Saint Paul, *Ia ad Corinth.*, cap. 7).

* **1123. Ancienne législation.** — Les seconds et subséquents mariages, utiles en principe, surtout lorsque la première union s'est trouvée brisée de bonne heure, offrent cependant d'assez graves dangers lorsqu'ils sont contractés par une personne ayant déjà des enfants. Souvent l'influence du second conjoint devient mauvaise : une jalousie naturelle le rend défiant et injuste, et les enfants du premier lit sont maltraités, dépouillés de leurs biens, chassés parfois. En juillet 1560, sous François II, le chancelier de l'Hospital fit rendre un édit célèbre, l'*Édit des secondes noces*, dont le préambule constate en termes sévères les fâcheux effets de ces remariages tardifs, d'où « outre les querelles et divisions entre les maris et enfants, s'ensuit la diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la

force de l'état public ». L'édit ne prohibait pourtant pas ces seconds mariages ; il se borna à restreindre la faculté de faire des donations au nouveau conjoint.

§ 2. — *Du délai de viduité.*

1124. Délai imposé à la femme. — L'art. 228 défend à la femme *veuve* de contracter un nouveau mariage moins de dix mois après la mort de son premier mari. L'art. 296 fait la même défense à la femme *divorcée*. Comme le divorce a été supprimé de 1816 à 1884, ce délai a pris dans la pratique le nom de *délai de viduité*, à cause du seul cas où il s'appliquait.

1125. Motifs. — Le motif de cette prohibition n'est nullement une raison de convenance, une sorte de deuil obligatoire imposé à la veuve, car cette raison aurait dû faire étendre la même prohibition au veuf. On désire éviter la *confusion de part*, *turbatio sanguinis*, qui rendrait incertaine la filiation de l'enfant, s'il en naissait un à une époque rapprochée de la dissolution du premier mariage. On se trouverait souvent dans l'impossibilité de savoir auquel des deux maris l'attribuer.

La crainte de confusion peut cesser : si la femme met au monde un enfant peu de temps après la mort de son mari, il n'y a plus de motifs pour l'empêcher de se marier immédiatement, mais les rédacteurs de la loi n'ont pas songé à ce cas, et le texte ne contient aucune distinction ; il doit encore s'appliquer.

1126. Durée du délai. — Le délai de dix mois choisi par le Code correspondait exactement au délai de 300 jours qui est, à l'estimation des auteurs de la loi, la durée maxima des plus longues grossesses possibles (art. 315). En effet, au moment où le Code civil a été rédigé, le calendrier républicain était encore en vigueur, et les mois de ce calendrier étaient tous uniformément de 30 jours. Le changement de ce calendrier a eu pour effet d'allonger de quelques jours le délai ainsi fixé ; dix mois, comptés de quantième à quantième, contiendront 303 à 305 jours, suivant que février y sera ou non compris.

Rappelons que le point de départ du délai a été modifié en faveur de la femme divorcée, par une loi du 13 juillet 1907. Voyez ci-dessus, n° 731.

1127. Application au cas d'annulation du mariage. — L'art. 228 a été écrit pour la femme *veuve*, l'art. 296 pour la femme *divorcée*. On admet par identité de cause que le même délai devrait être observé à la suite de l'*annulation d'un mariage putatif*, qui est assimilable à un mariage dissous par le divorce ou par la mort.

1128. Sanction. — De l'avis général, l'empêchement du mariage qui résulte des art. 228 et 296 n'est qu'un *empêchement simplement prohibitif*, n'entraînant pas la nullité du mariage. La plupart de ceux qui lui reconnaissent ce caractère se décident par leur raison favorite : la loi n'a pas prononcé le mot de nullité ! Il y en a une raison bien meilleure, c'est que, quand le second mariage a eu lieu avant l'expiration du délai de dix mois, le mal est fait, et il ne servirait à rien d'annuler le mariage. La prohibition de la loi trouve une sanction suffisante dans la responsabilité des officiers de l'état civil, qui encourent une amende de 16 à 300 francs (art. 194 C. pén.).

1129. Absence de délai pour le mari veuf ou divorcé. — Aucune prohibition de ce genre n'est prononcée contre le *mari* veuf ou divorcé. Il ne faut pas voir là une sorte d'inégalité injuste entre l'homme et la femme, et dire que les maris sont dispensés par la loi de porter le deuil de leurs épouses. Il n'y a rien de commun entre nos articles et les règles sur le deuil qu'imposent les convenances sociales. La *turbatio sanguinis* n'est pas à craindre : voilà la raison décisive de cette différence.

III. — Le divorce.

1130. Bibliographie. — Ern. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2e édit., 1880, 1 vol. in-8°. — J. Bertillon, *Étude démographique du divorce dans les différents pays de l'Europe*, Paris, 1883. — Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, thèse, Paris, 1901. — Le Père Didon, *Indissolubilité et divorce*, 6e édit., 1880. — J. Hitier, *Du développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis* 1884, Paris, 1895 (*Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*). — Tissot, *Le mariage, la séparation et le divorce*, Paris, 1868. — H. Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, 1890-1897, 5 vol. — G. Laurent, *La répudiation et le divorce par consentement mutuel*, thèse, Dijon, 1904. — Valensi, *L'application de la loi du divorce en France*, Paris, 1905. — Albert Tissier, *Rapport* à la Société d'études législatives, dans le *Bulletin* de 1906, p. 117. — Bigenwald, *La faillite du divorce* (*Correspondant*, 28 avril 1908).

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

****1131. Définition.** — Le divorce est la *rupture d'un mariage valable, du vivant des deux époux*; *divortium* vient de *divertere*, s'en aller chacun de son côté. Cette rupture ne peut avoir lieu que par autorité de justice et pour des causes déterminées par la loi.

§ 1. — *Historique.*

1132. Législations anciennes. — Les législations anciennes, avec lesquelles l'Église s'est trouvée en contact, admettaient le divorce. Le *droit romain* surtout l'autorisait d'une manière large, sans intervention du juge, et sans même exiger le consentement réciproque des parties : la répudiation unilatérale était possible de la part de la femme aussi bien que du mari. Les *coutumes germaniques*, de même que la loi juive, permettaient au mari de répudier sa femme à volonté et sans cause déterminée.

***1133. Le droit canonique.** — Dès les premiers temps l'Église réagit contre le divorce. Le point de départ de ce mouvement est une parole de Jésus-Christ, sur laquelle il y a entre les évangélistes une différence remarquable : tandis que saint Mathieu semble admettre le divorce quand il a pour cause l'*adultère* (1), saint Marc et saint Luc le condamnent d'une façon absolue (2). Pendant plusieurs siècles, beaucoup de Pères de l'Église, entre autres Tertullien, autorisèrent le divorce conformément au texte de saint Mathieu, mais la thèse de l'indissolubilité absolue fut défendue par saint Augustin, et proclamée de plus en plus fréquemment par les conciles, surtout à partir du viiie siècle. Son triomphe cesse d'être discuté au xiie siècle ; Gratien et Pierre Lombard décident l'un et l'autre que le divorce pour cause d'adultère est interdit (Esmein, *Mariage*, t. I, p. 45-89).

1134. La Réforme. — Au xvie siècle, la Réforme provoqua un vif mouvement en faveur du divorce, qui fut rétabli dans les pays protestants. On dépassa même le texte de l'Évangile, en autorisant le divorce dans d'autres cas que l'adultère de la femme.

(1) S. Mathieu, XIX, 9 : « Quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur. »

(2) S. Marc, X, 11 : « Quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium committit ». — S. Luc, XVI, 18 : « Omnis qui dimittit uxorem, et alteram ducit, moechatur. »

***1135. Législation intermédiaire.** — La Révolution, qui ne voyait plus dans le mariage qu'un contrat civil, devait nécessairement aboutir au divorce. Son rétablissement fut projeté dès le temps de la Constituante, mais ce fut seulement l'Assemblée législative qui l'organisa par la loi du 20 septembre 1792. Elle le permit avec une trop grande facilité. D'abord elle introduisit le divorce non seulement par *consentement mutuel*, mais même pour simple *incompatibilité d'humeur* alléguée par un seul des deux époux. Ensuite elle créa des causes trop nombreuses de divorce, et parmi elles plusieurs étaient fort discutables, comme l'émigration, la folie, la disparition de l'un des époux pendant cinq ans. — La Convention, par deux décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II, rendit le divorce plus facile encore ; mais, devant les abus de cette liberté nouvelle, elle revint vite à la loi de 1792 (Décr. du 15 thermidor an III).

***1136. Réglementation du divorce par le Code civil.** — Le Code civil conserva le divorce, mais en prenant des précautions pour le régler et pour « arrêter le torrent d'immoralité » que roulaient les lois révolutionnaires. Le divorce pour incompatibilité d'humeur sur la demande d'un des époux fut supprimé. Le divorce par consentement mutuel fut rendu plus difficile. Enfin les causes déterminées du divorce furent réduites de sept à trois. Ces sages mesures eurent un effet salutaire. La moyenne des divorces tomba à Paris à 50 par an (75 au plus).

***1137. Suppression du divorce en 1816.** — Avec la Restauration et la Charte de 1814, la religion catholique redevint religion d'État. Le divorce était dès lors condamné. M. de Bonald déposa une loi relative à l'abolition du divorce, qui aboutit à la loi du 8 mai 1816. Cette loi a toujours été considérée comme une satisfaction donnée à l'Église contre le régime issu de la Révolution ; les paroles passionnées de M. de Bonald et les discussions auxquelles le projet donna lieu ne laissent aucun doute à cet égard.

***1138. Rétablissement du divorce.** — La Charte de 1830 enleva au catholicisme son caractère de religion exclusive. La conséquence logique eût dû être le rétablissement du divorce, mais la Chambre des Députés eut beau, dans les premières années du règne de Louis-Philippe, le voter quatre ou cinq fois, il fut toujours repoussé par la Chambre des Pairs. En 1848, la Constituante le rejeta à son tour. Ce fut seulement soixante-huit ans après sa suppression qu'il fut rétabli par une loi du 19 juillet 1884, à la suite d'une longue campagne entreprise par M. Naquet. — Une seconde loi, du 18 (*alias* 30) avril 1886, a modifié la procédure du divorce. Enfin les art. 248 et 299 ont été retouchés en 1893.

1139. Législations étrangères. — En *Italie*, le divorce avait disparu avec la domination française. En 1865 divers publicistes et jurisconsultes firent de grands efforts pour le faire rétablir, mais n'y réussirent pas ; l'art. 148 C. civ. italien porte que le mariage ne se dissout qu'à la mort de l'un des conjoints.

En *Alsace-Lorraine*, le divorce a été remis en vigueur par une loi du Parlement allemand du 27 novembre 1873 (*Annuaire étranger*, 1873, p. 559).

Le *Code civil allemand* a réglementé le divorce dans les art. 1564 à 1585.

Actuellement le divorce est admis dans la plupart des pays de l'Europe. Les seules législations qui le prohibent absolument sont celles de l'Espagne, du Portugal, de l'Italie et de l'Autriche. En Hongrie, il est permis aux non-catholiques ; en Russie, il n'est défendu que dans les provinces polonaises.

§ 2. — *Examen du principe.*

1140. Raison pratique du divorce. — Le divorce doit-il être admis et pour quelles raisons? Le mariage est contracté pour la vie entière ; c'est dans une union à perpétuité que les époux s'engagent, mais qui dit *perpétuité* ne dit pas nécessairement *indissolubilité*. L'union de l'homme et de la femme, qui devrait être une cause de paix et de concorde, une garantie de moralité, manque quelquefois son but. La vie commune devient impossible, elle se rompt, ou bien, si elle continue, le mariage devient un foyer de troubles, une cause permanente de scandales. C'est un mal qui résulte des passions et des faiblesses humaines.

Il y a là une situation de fait dont le législateur est bien obligé de tenir compte : il est responsable de l'ordre et des bonnes mœurs ; il faut qu'il intervienne. Quel sera le remède? Les uns disent : la séparation de corps suffit ; c'est la vie commune qui est la cause du mal, il faut la rompre par un procédé légal et permettre aux époux de vivre sous le régime de la *séparation*. — Le remède est insuffisant. Sans doute la séparation de corps fait disparaître les inconvénients de la vie commune ; en supprimant le ménage elle supprime les causes journalières de froissement, mais elle laisse subsister le *mariage* : les deux époux vivront séparés, mais ils resteront mariés ; le lien du mariage est seulement *relâché*, il n'est pas brisé. Il en résulte que les époux, n'étant pas libres, ne peuvent pas se remarier et se créer une nouvelle famille ; leur existence est sacrifiée sans espoir. Ils se trouvent donc condamnés au *célibat forcé*. Or, le plus souvent, c'est l'adultère de l'un d'eux, ou de tous les deux, qui a rendu la vie commune impossible : croit-on qu'une fois séparés de corps ils renonceront à leurs liaisons illégitimes? Et puis, quelle situation pour la femme délaissée ! Et pour le mari, que sa femme déshonore, traînant partout son nom et celui des enfants, l'assaillant de demandes d'argent, ou le menaçant de nouveaux scandales ! La séparation de corps ne fait donc disparaître le mal que pour le remplacer par un autre. Il n'y a plus de scènes de ménage entre deux époux forcés de vivre ensemble, mais il y aura des scandales publics qui feront le désespoir de l'autre conjoint, et, si lui aussi est coupable, le scandale sera double. Après la séparation les époux peuvent se faire autant de mal qu'avant, quoique d'une autre façon. La cause du mal étant le mariage, c'est lui qu'il faut rompre, et non pas seulement la vie commune ; le seul remède efficace, c'est le divorce. Pour rétablir la paix, il faut rendre à chacun sa liberté, comme avant le mariage. L'avantage décisif du divorce est de rendre possible pour les époux désunis un autre mariage.

1141. Objection tirée des croyances religieuses. — La plupart des adversaires le condamnent pour obéir aux enseignements de l'Église. Est-ce un motif suffisant pour le législateur? La majorité de la nation est catholique, mais ce n'est pas une raison pour refuser le divorce à la minorité qui ne partage pas ses croyances. La liberté de conscience serait violée si une partie de la population était privée du divorce par application des opinions religieuses de l'autre partie. Au contraire, la loi ne blesse pas les croyances des époux catholiques en autorisant le divorce sans le leur imposer ; elle leur laisse la faculté de recourir à la séparation de corps, qui est conforme aux préceptes de la religion.

Enfin, si on suppose qu'un seul des deux époux est catholique, il arrivera de deux choses l'une : ou bien ce sera lui qui aura à se plaindre de son conjoint, et il pourra, comme demandeur, se contenter de la séparation de corps ; ou bien ce sera lui qui sera mis dans son tort, et il sera vraiment mal venu à se plaindre de la loi au nom de ses principes religieux, car la religion qui lui interdit le divorce, lui interdit également l'adultère et tous les autres faits qui sont des causes de divorce. Du reste, si la dissolution du mariage est prononcée contre lui, il restera encore libre de respecter les préceptes de la religion et de ne pas user de la faculté de se remarier (1).

1142. Objection tirée de l'intérêt des enfants. — Le divorce, dit-on, sacrifie les enfants dans l'intérêt des parents. C'est une erreur. Ce qui fait le malheur des enfants, ce n'est pas la rupture légale du mariage, c'est la rupture de fait, la discorde, la haine, le crime dont ils sont témoins et victimes. Leur père leur apprendra à mépriser ou à détester leur mère, ou réciproquement. Or c'est là une situation que le divorce ne crée pas et qui se retrouve, à l'état aussi aigu, dans le régime de la séparation de corps. — Il faut même aller plus loin : le divorce ne peut qu'améliorer le sort des enfants. Au lieu d'être élevés dans une maison où ils seront témoins d'un concubinage adultère, ils pourront retrouver une famille légitime

(1) Lors de la discussion du Code civil, le principe du maintien du divorce fut admis presque sans débats. Portalis disait : « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes ; il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent ; la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user » (Fenet, t. IX, p. 251). Ainsi l'objection religieuse fut la seule qu'on examina ; on ne se demanda point si, *au point de vue purement civil*, il y avait avantage ou inconvénient à permettre le divorce.

par le nouveau mariage de leur père ou de leur mère. Quant aux mesures à prendre pour l'éducation des enfants au cas où les deux parents sont tous deux indignes, elles sont les mêmes, qu'il y ait divorce ou séparation.

1143. Autres objections. — Le divorce, dit-on, ébranle la situation du mariage. Il est dangereux de rendre le lien conjugal trop fragile. On se mariera à la légère, si l'on sent derrière soi une porte de sortie ; avec le mariage indissoluble, on y regardera à deux fois avant de s'engager. — L'objection est décisive, quand le divorce est permis à volonté, comme le divorce des Romains. Elle a encore une grande force, quand les tribunaux prononcent trop facilement le divorce, comme c'est malheureusement leur tendance actuelle ; elle tombe, du moment que les causes du divorce sont limitées par le législateur et appréciées sévèrement par le juge. Une réglementation étroite du divorce peut en empêcher l'abus. Il y a là une question d'organisation, et non pas une objection de principe.

Il est tout à fait remarquable que les auteurs dramatiques et les romanciers, qui jadis apitoyaient le public sur le malheur des gens emprisonnés dans le mariage sans pouvoir en sortir, font maintenant le procès du divorce et cherchent à créer une tendance à la réaction contre la loi. Voyez *le Dédale* de M. Paul Hervieu, et *Un divorce* de M. Paul Bourget. De plus, dans la pratique on observe un phénomène fréquent, le retour de la femme divorcée vers son premier mari ; c'est la donnée du *Dédale* (1).

1144. Opinion féminine. — Les femmes sont généralement hostiles au divorce. Quand ce n'est pas la suite d'une éducation religieuse qu'elles reçoivent plus que les hommes, c'est une terreur mal raisonnée, née de l'ignorance des causes qui rendent le divorce possible. Elles n'y voient qu'une possibilité d'abandon déréglée. En fait, la statistique dément leurs craintes : les cinq sixièmes des séparations de corps sont demandées par la femme contre le mari. Pour le divorce, la différence est moindre, mais encore considérable : ainsi en 1896, sur 8 774 demandes en divorce, 5 298 émanaient de la femme et 3 476 du mari (*Journal officiel*, 1899, p. 5123). Même proportion en 1898 : 5 485 contre 4 036.

1145. Conclusion. — En résumé, le divorce est un mal, mais c'est un mal nécessaire, parce qu'il est le remède d'un mal plus grave. Interdire le divorce parce qu'il est fâcheux, c'est comme si on voulait interdire l'amputation parce que le chirurgien mutile le malade. Ce n'est pas le divorce qui détruit l'institution sainte du mariage, c'est la mésintelligence des époux, et le divorce y met fin.

1146. Statistique. — Le nombre des divorces a suivi une progression constante (2). En 1886, il y en eut 2 950 ; puis le chiffre s'éleva progressivement à 13 049 en 1910. En 1913, il a dû dépasser 15 000 (7 550 pour le premier semestre).

Voici d'autres chiffres qui aideront encore à préciser les idées : sur 1 000 mariages célébrés on estime que 28 se dissolvent par le divorce. Ceci est une moyenne générale pour la France entière ; les chiffres varient d'un département à l'autre ; la proportion est de 1 pour 1 000 dans les Hautes-Alpes et la Lozère, 2,5 dans les Côtes-du-Nord, et de 75 (1898), 78,1 (1899), à Paris, 63 dans le Rhône.

(1) La thèse de l'indissolubilité du lien matrimonial, quand il en est né un enfant, y est éloquemment plaidée : « Pendant qu'avec Hubert je disputais notre enfant à la mort, il m'est apparu, dans cette chair bien-aimée, comment les deux époux peuvent, en vérité, n'être qu'un dans une seule chair... Mari et femme, ce n'est pas être mariés, cela n'empêche pas les divergences, les antipathies, les révoltes, ni, hélas ! les trahisons... Mais, père et mère, on est prodigieusement identiques et unis ; on n'est que ces deux-là sur terre à ne pouvoir faire qu'un » (acte III, scène 4).

(2) La statistique du divorce est publiée deux fois par an au *Journal officiel* : d'abord dans les Comptes de l'Administration de la justice civile publiés par le ministère de la Justice, puis par le ministère du Commerce, dans un rapport annuel au Président de la République sur le mouvement de la population. Mais on observe entre ces documents des différences remarquables : le ministère de la Justice donne le relevé des divorces prononcés par les tribunaux, tandis que le ministère du commerce dresse ses tableaux d'après les registres de l'état civil. Aussi les chiffres du premier sont-ils plus forts parce que certains ménages se réconcilient au dernier moment et ne font pas transcrire leur divorce à l'état civil. Néanmoins les différences constatées semblent bien fortes pour pouvoir s'expliquer uniquement par cette cause et elles vont croissant : de 1 263 en 1892, elles atteignent le chiffre de 2 657 divorces en 1905.

La proportion des demandes admises par le tribunal, très élevée dès le début, tend à grandir encore : de 85 pour 100 elle est passée à 91 en 1901, alors que pour la séparation de corps cette proportion ne dépasse pas 75 pour 100. A Paris l'encombrement des affaires est tel que le divorce tend à devenir une formalité. On s'étonnait, en décembre 1898, d'avoir vu le tribunal de la Seine prononcer 98 divorces en une seule audience ; depuis lors ce chiffre a été de beaucoup dépassé ; on a atteint 270 en un jour ! Cette justice à la vapeur devient effrayante : comment les magistrats arrivent-ils à se rendre compte des affaires qu'il jugent ainsi par paquets? Si cette statistique ne rappelle pas les abus de la période révolutionnaire, l'augmentation constante du nombre des divorces n'en est pas moins inquiétante. Les faits ont démenti de la façon la plus cruelle les affirmations optimistes des partisans de la réforme qui pensaient, en 1884, qu'après une sorte de liquidation de l'arriéré on verrait diminuer le nombre des divorces qui se fixerait à un chiffre normal : il n'a pas diminué, il augmente sans cesse. Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire ont leur part de responsabilité dans cet état de choses : des textes trop vagues d'une part, une jurisprudence trop facile de l'autre, encouragent un mouvement fâcheux, mais dont beaucoup d'esprits se réjouissent en pensant à la réaction inévitable qu'il prépare. Comp. A. Sorel, *Livre du centenaire*, t. I, p. xxxvii. De plus en plus, on constate un phénomène fâcheux : la seule possibilité du divorce désunit beaucoup de ménages qui, sans elle, resteraient unis ou tout au moins résignés ; elle fait l'office d'une cheminée d'appel qui crée un courant factice. Enfin beaucoup de gens se marient à la légère, en se disant : « Si cela ne va pas, on divorcera. »

CHAPITRE II

DES CAUSES DE DIVORCE

§ 1. — *Notions générales.*

***1147. Différence entre les législations modernes et le droit romain.** — Le droit romain ne demandait pas compte aux époux des *motifs* qui les portaient à se séparer ; la loi n'avait pas déterminé et limité les causes de la rupture. Dans la législation de Justinien, l'époux qui répudie son conjoint « sine ulla causa » est frappé de certaines peines, parfois très graves, mais la répudiation n'en est pas moins valable et le mariage rompu. Le divorce dépendait donc uniquement de la volonté des époux.

Quand les législations modernes, réagissant contre le principe catholique de l'indissolubilité absolue, sont revenues au divorce, elles ne l'ont admis au contraire que *pour des causes déterminées*, sauf à différer entre elles sur le nombre et la nature des causes qui peuvent justifier le divorce.

A. — Du divorce pour causes déterminées.

1148. Systèmes généraux sur les causes de divorce. — Les diverses législations se sont montrées très inégales dans le nombre et la nature des causes de divorce admises par elles. Les unes n'admettent comme telles que des *fautes graves* commises par l'un des conjoints contre l'autre : c'est le système du Code Napoléon et de la loi française de 1884, qui s'est un peu écartée des dispositions primitives du Code ; c'est aussi le système du Code néerlandais. Les autres permettent le divorce pour des faits qui n'ont pas le caractère d'un

manquement à un devoir matrimonial, tels que l'émigration, l'état d'absence, la folie. C'est le système de la loi française de 1792 et du Code civil allemand. Ces deux catégories de législations reposent sur *deux conceptions différentes du divorce* : les premières le considèrent comme *une sanction des devoirs qu'impose le mariage*, de sorte que les faits qui ne sont pas imputables à faute à l'un des conjoints ne sont pas des causes de divorce et doivent être supportés par l'autre, quelque fâcheux qu'ils soient pour lui, comme des risques inséparables de l'existence humaine. Les autres, au contraire, voient dans le divorce *un moyen d'affranchir l'un des époux du lien conjugal, dès que le but du mariage ne peut plus être atteint*, alors même qu'il n'y aurait aucune faute de son conjoint.

1149. Tableau synoptique. — Voici la comparaison des causes du divorce dans quelques législations ; les lignes ponctuées indiquent que la cause du divorce correspondante manque dans la législation dont il s'agit.

La plus large de ces législations est visiblement notre loi de 1792 : la plus restrictive est le Code néerlandais, qui n'autorise le divorce que dans quatre cas précis. Le Code Napoléon et la loi de 1884 paraissent avoir également quatre causes de divorce ; mais parmi elles, il y en a une, l'injure grave, qui en contient un nombre indéfini. — Dans quelques pays, on rencontre des causes exceptionnelles : l'impuissance en Suède et en Russie, l'abjuration de la foi chrétienne en Serbie.

LOI DE 1792	CODE NAPOLÉON et loi de 1884.	LOI SUISSE 24 déc. 1874 (art. 46).	CODE NÉERLANDAIS (art. 264).	CODE ALLEMAND
Inconduite notoire.	Adultère (art. 229-230.	Adultère.	Adultère.	Adultère (art. 1565).
Abandon pendant deux ans	. . . . .	Abandon malicieux pendant deux ans.	Abandon malicieux.	Abandon malicieux (art. 1567).
Sévices.	Excès et sévices (art. 231).	Sévices.	Blessures graves.	Attentat à la vie et sévices graves (art. 1566 et 1568).
Injures graves.	Injures graves (art. 231).	Injures graves.	. . . . .	Manquement aux devoirs conjugaux rendant la vie commune impossible (art. 1568).
Condamnations criminelles.	Condamnations criminelles.	Condamnations infamantes.	Certaines condamnations pénales.	Certaines condamnations pénales (art. 1568).
Folie.	. . . . .	Folie incurable.	. . . . .	Folie incurable (art. 1569).
État d'absence pendant cinq ans	. . . . .	. . . . .	. . . . .	. . . . .
Émigration dans les cas prohibés.	. . . . .	. . . . .	. . . . .	. . . . .
Incompatibilité d'humeur.	. . . . .	. . . . .	. . . . .	. . . . .

1150. Causes de divorce abandonnées par le Code français. — Parmi les causes de divorce que la loi de 1792 avait admises, il en est une, l'*émigration*, qui ne se justifiait que par les circonstances exceptionnelles de l'époque. Une autre est unanimement condamnée par les législations modernes, c'est l'*incompatibilité d'humeur* alléguée par l'un des époux. Elle aboutissait à rendre inutile toute la réglementation des causes de divorce par la loi, puisqu'il suffisait que l'un des époux alléguât ce fait, qui est à peu près impossible à vérifier, pour obtenir la rupture de son mariage. L'incompatibilité d'humeur, qu'on avait pu éprouver par l'expérience de 1792 à 1803, fut rejetée comme étant en réalité une cause indéterminée de divorce et une source de dépravation.

L'*abandon* volontaire de l'un des époux par l'autre ou, comme disent certains Codes étrangers, l'*abandon malicieux*, a été supprimé par le Code civil comme cause de divorce ; mais la jurisprudence l'a rétabli en le considérant comme une injure grave.

Bien que la *folie* entraîne le divorce, d'après quelques législations, quand elle est reconnue *incurable* et qu'elle dure depuis plusieurs années, on applaudit généralement à sa suppression dans le Code français ; quand l'un des époux perd la raison, le devoir de l'autre est de le soigner ; en tout cas, si le divorce était possible pour cette cause, il ne devrait jamais dispenser l'époux bien portant de la mission de dévouement qui lui incombe. Comp. Lyon, 20 nov. 1903, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 13 janv. 1904 ; Agen, 30 janv. 1905, D. 1905. 2. 63, S. 1905. 2. 190. Comp. pour la *neurasthénie*, Cass., 4 mars 1902, S. 1902. 1. 388 ; et pour l'*hystérie*, Orléans, 28 nov. 1900, S. 1902. 2. 199.

Reste l'*absence*. C'est fausser le rôle juridique de ce fait que d'en faire une cause de divorce. En effet, si on a des raisons de croire que la disparition est volontaire, les tribunaux sont libres d'y voir un *abandon*, c'est-à-dire une injure grave, et de prononcer le divorce. Au cas contraire, le mariage ne peut se dissoudre que par la mort. De l'aveu de ceux qui défendirent à nouveau cette cause de divorce dans les discussions de la loi de 1884, elle ne devait pas nécessairement amener le divorce : le tribunal aurait eu à apprécier la probabilité du décès. Mais dans ce système ce n'est pas un divorce que les tribunaux devraient prononcer, mais bien un jugement constatant le décès. C'est sous la forme d'une modification à la législation ancienne sur la preuve du décès qu'il fallait chercher un adoucissement à ces situations sans issue, et il y a été pourvu par la loi du 8 juin 1893 qui a institué les jugements déclaratifs de décès.

B. — Du divorce par consentement mutuel.

1151. Son caractère propre. — Dans le système du divorce pour cause déterminée, le divorce fait toujours l'objet d'une *demande formée par l'un des époux contre l'autre*. Le demandeur allègue un fait, qui est une cause de divorce d'après la loi ; son conjoint en conteste l'existence ou tout au moins résiste à la demande. Mais le divorce peut aussi se comprendre d'une autre manière et *s'opère par un accord de volontés des époux* : c'est le divorce « communi consensu » des Romains, le divorce par consentement mutuel encore admis chez quelques peuples modernes.

1152. Sa réglementation en 1792. — Le divorce par consentement mutuel avait été admis par la loi de 1792. Comme les époux sont d'accord pour se séparer, l'intervention du tribunal avait été jugée inutile. On s'était contenté d'entourer ce divorce de quelques précautions destinées à empêcher la rupture trop facile du mariage ; les principales consistaient dans des délais successifs imposés aux époux et dans leur comparution devant une assemblée composée de six parents ou amis.

***1153. Système du Code civil.** — Éliminé dans le projet, le divorce par consentement mutuel a reparu dans la rédaction définitive sous l'influence du Premier Consul. Le Conseil d'État lui était hostile, l'opinion publique n'en voulait pas et les répugnances qu'il inspirait s'étaient fait jour dans les « Observations » des Tribunaux : presque tous avaient demandé sa suppression. Mais Bonaparte fit les plus grands efforts pour le faire adopter. Les procès-verbaux officiels laissent deviner comment sa volonté impérieuse entraîna le conseil. On le soupçonne d'avoir tant insisté dans un intérêt personnel et d'avoir voulu se réserver pour

l'avenir un moyen de rompre son union avec Joséphine Beauharnais qui ne lui donnait pas d'héritier pour ses « rêves d'Empire ».

Tel que le Code l'avait réglé, ce genre de divorce n'était cependant pas, à beaucoup près, un divorce à volonté, comme le « divortium bona gratia » des Romains. On l'avait entouré de formalités compliquées, hérissé de difficultés ; on avait tout fait pour le rendre aussi onéreux et par conséquent aussi rare que possible. Pour s'en faire une idée, il faut lire les art. 275 et suiv. du Code Napoléon. Il fallait notamment persévérer dans la volonté de divorcer pendant un an et obtenir le consentement d'une sorte de tribunal de famille ; le divorce une fois prononcé faisait passer de plein droit aux enfants, en nue propriété, la moitié de la fortune de chaque conjoint et de plus il mettait obstacle à tout nouveau mariage pendant trois ans. — En outre le divorce supposait nécessairement l'intervention du tribunal bien qu'il n'y eût ni litige ni faits à prouver.

1154. Son but. — Le divorce par consentement mutuel n'est pas nécessairement un divorce sans cause ; mais c'est tout au moins un divorce *sans cause déterminée par la loi et prouvée devant les juges*. Et c'est justement là ce qu'avait voulu Bonaparte. La nécessité de demander le divorce aux tribunaux l'effrayait. Il disait qu'il fallait étouffer le scandale et que le recours à la justice n'était utile que dans les cas graves, en cas d'adultère par exemple. Plus tard, employant une petite habileté pour faire passer son système, il affirmait que le consentement mutuel n'était pas une *cause* de divorce, mais seulement le *signe* que le divorce était devenu nécessaire : il fait présumer l'existence d'une cause réelle que les époux veulent tenir secrète et on doit les dispenser de la révéler en se couvrant réciproquement de honte et de ridicule.

1155. Rareté de son application. — Le divorce par consentement mutuel fut donc admis (art. 233). Il ne paraît pas avoir jamais causé d'abus, car les arrêts contenus dans les recueils se réfèrent tous à des divorces opérés sous l'empire de la loi de 1792. En Belgique, où il existe encore, les statistiques révèlent son extrême rareté (1 sur 400 environ). En France on ne signale que celui de Napoléon et de Joséphine, qui ne fut pas soumis aux règles ordinaires.

1156. Sa suppression. — La loi de 1884 ne l'a pas rétabli. Toutefois la pratique n'en est pas bien éloignée. La jurisprudence a montré une telle facilité pour admettre les griefs des époux et prononcer la rupture du lien conjugal, que nous en sommes presque arrivés au consentement mutuel. Dès le début de l'application de la loi de 1884, quand il n'existait pas de cause réelle de divorce, les époux s'entendaient pour en créer une fictive : ils simulaient un adultère, ils apportaient des témoignages achetés ou complaisants, etc. Les magistrats n'ignoraient pas quelles comédies se jouaient souvent devant eux, et ils fermaient les yeux ; mais les plaideurs n'ont même plus besoin de recourir à ces stratagèmes : l'un des époux n'a qu'à quitter le domicile conjugal et à refuser d'y rentrer, il commet ainsi une injure grave qui donne à son conjoint le droit d'obtenir le divorce (Trib. de Montauban, 16 déc. 1903, *La Loi*, 14 janv. 1904). Ou bien encore l'un d'eux forme contre l'autre une demande en divorce fondée sur des motifs faux, et cette calomnie autorise l'autre à le réclamer à son tour. Voyez aussi un jugement de la 4e chambre du Tribunal de la Seine, dans *Le Temps* du 25 novembre 1902. Enfin on en est arrivé à l'emploi des *jugements convenus* en matière de divorce : on ne plaide plus, on invoque l'intérêt des enfants et on ne fait pas d'enquête. Dans ces conditions, le refus du divorce par consentement mutuel n'est plus qu'une mesure vaine et sans portée, il serait plus digne de la justice et de la loi de l'autoriser franchement : la dissolution du mariage, étant réglementée, pourrait même devenir plus difficile à obtenir.

§ 2. — *Causes actuelles du divorce en France.*

A. — Observations préliminaires.

****1157. Énumération légale.** — La loi de 1884 n'a admis que le divorce

pour causes déterminées, et la liste des faits qui donnent lieu au divorce est la même qu'en 1803 : *adultère* ; *excès ou sévices* ; *injures graves* ; *condamnations criminelles*. Il y a seulement des variantes de détail dans la réglementation : l'adultère entraîne plus facilement le divorce qu'autrefois ; pour les condamnations criminelles, c'est l'inverse.

1158. Absence réelle de limitation grâce au sens large de l'injure. — D'après la loi (art. 229-232) et d'après tous ses interprètes, les causes de divorce sont en France au nombre de *quatre* seulement, ou même de *trois*, car on réunit d'ordinaire en une seule les sévices et les injures, qui sont pourtant choses fort différentes. Cependant cette énumération n'a de limitatif que l'apparence : les causes de divorce sont beaucoup plus nombreuses que l'indique la loi, parce que l'injure grave ne constitue pas un fait défini. Le mot « injures » n'est pas pris, dans la loi sur le divorce, avec le sens étroit que lui donne la loi sur la presse. D'après la loi du 29 juillet 1881, art. 29, l'injure est un terme de mépris ou d'invective, qui *attribue à la personne injuriée* un caractère déshonorant. En matière de divorce, l'injure est tout autre chose, au moins d'après la jurisprudence ; c'est ce qui est fait par l'un des époux contre l'autre, en violation de leurs devoirs mutuels de respect et d'affection. Le mot « injures » ayant pris un sens très large dans la jurisprudence moderne, on est arrivé à cette double conséquence : 1° qu'il contient en lui toutes les autres causes du divorce ; 2° qu'il efface toute limitation dans le nombre de ces causes.

1° Quand la loi parle d'adultère, de condamnations criminelles et d'excès ou sévices, elle vise des faits spéciaux qui rentrent dans la notion générale de l'injure. Le texte eût-il omis de les nommer pour les admettre comme causes légales qu'elles n'en seraient pas moins telles, et que l'idée d'injure suffirait pour obtenir le divorce. La seule utilité qui résulte de leur mention dans la loi est d'enlever aux tribunaux leur pouvoir ordinaire d'appréciation ; ce sont des faits qui ont paru tellement graves au législateur qu'il a voulu que le divorce fût alors nécessairement prononcé.

2° L'énumération de la loi n'est pas limitative. A côté des *faits précis* (adultère, condamnations criminelles, excès ou sévices, paroles injurieuses), prévus par la loi, et qui constituent vraiment des causes déterminées de divorce, on rencontre une *formule générale*, l'*injure*, qui a la valeur d'un principe susceptible d'applications indéfinies. Dès lors toute barrière est renversée, et la vérité est que nous avons en France *un nombre illimité de causes déterminées de divorce*. Elles sont déterminées par la jurisprudence, et non par la loi (comp. Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 687). C'était ce qui existait autrefois, quand Pothier reconnaissait qu'il fallait « tout laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence des juges » (*Mariage*,

n° 508). Mais il est douteux que le mot « injures » ait eu pour les rédacteurs du Code un sens aussi large ; ils n'en ont pas aperçu la portée ; c'est la jurisprudence qui l'a élargie, en développant le sens usuel du mot, alors que les auteurs de la loi avaient bien cru nous donner une *liste close* des causes de divorce.

On doit donc résumer le système actuel du droit français sur ce point de la façon suivante : le divorce est possible *toutes les fois que l'un des époux manque gravement à ses devoirs envers l'autre* ; la gravité de la faute est, en principe, appréciée par les juges ; dans certains cas, la loi leur enlève ce pouvoir, en ordonnant que le divorce soit prononcé après vérification matérielle du fait indiqué par elle.

B. — Énumération.

1° Adultère.

***1159. État actuel des textes.** — La rédaction actuelle du Code présente sur ce point une singularité : il y a deux textes, les art. 229 et 230, l'un pour l'adultère du mari, l'autre pour l'adultère de la femme, et tous deux sont conçus exactement dans les mêmes termes. Ce double texte avait sa raison d'être dans la rédaction primitive, qui établissait une différence entre les deux époux : tout adultère commis par la femme, même isolé, même en dehors de la maison conjugale, entraînait contre elle le prononcé du divorce ; au contraire, l'adultère du mari ne donnait lieu au divorce qu'autant qu'il était accompagné d'une double circonstance aggravante, l'entretien régulier d'une concubine, et le fait se passant dans la maison conjugale. — Cette différence a été supprimée en 1884, et la partie finale de l'art. 230 : « lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune » a été retranchée, ce qui a rendu cet article semblable au précédent.

1160. Justification de la réforme. — On a beau alléguer la tolérance qui entoure trop souvent dans nos mœurs l'adultère du mari, et prétendre qu'il ne fait pas au cœur de l'épouse une blessure aussi vive que celle qu'éprouve un mari trompé par sa femme ; aux yeux de la morale, *la faute est égale*. Les deux époux se doivent mutuellement fidélité et ils ne se doivent pas cette fidélité à deux degrés différents. La plus stricte justice exige que la femme offensée obtienne le divorce pour cette cause aussi facilement que le mari. L'égalité de traitement dans la question du divorce est parfaitement compatible avec le maintien de l'ancienne différence dans la répression pénale de l'adultère. Quand on considère l'adultère au point de vue social, comme un délit, l'adultère du mari est beaucoup moins dangereux que celui de la femme, parce qu'il ne rend pas suspecte la filiation des enfants (ci-dessus, n° 900). Il doit y avoir *égalité dans le divorce*, parce que le divorce est la satisfaction accordée au conjoint et que, venant du mari ou de la femme, l'offense est égale. Il doit y avoir *inégalité dans la peine*, parce que la peine est la satisfaction accordée à la société et que pour elle le danger est plus ou moins grand, suivant que l'adultère vient de la femme ou du mari. Il n'y a donc pas la moindre inconséquence dans le système de la loi.

***1161. Portée restreinte de la réforme.** — D'ailleurs la réforme est beaucoup moins grave et moins réelle qu'elle le paraît. Avant 1884 la jurispru-

dence avait déjà trouvé le moyen d'assimiler, ou peu s'en faut, l'adultère du mari à celui de la femme : elle le considérait comme une injure grave, toutes les fois qu'il avait été entouré de circonstances offensantes pour la femme, par exemple quand il y avait eu scandale public. Cette jurisprudence était relative, non pas au divorce qui n'existait pas, mais bien à la séparation de corps ; mais les causes sont les mêmes.

1162. Constatations de l'adultère. — La preuve de l'adultère se fait par tous moyens (Cass., 5 janv. 1906, D. 1908. 1. 49, S. 1906. 1. 297). Fréquemment on requiert le commissaire de police qui va surprendre l'époux coupable et son complice en flagrant délit quand le lieu du délit est connu. Toutefois le commissaire n'est obligé de déférer à cette réquisition que si l'adultère est commis dans les conditions prévues par la loi pénale ; par suite, l'adultère du mari commis hors de la maison conjugale échappe à ce mode de constatation, car il n'est pas un fait délictueux, et la police n'a pas qualité pour intervenir dans une affaire purement privée. — Sur la nécessité d'obtenir une ordonnance du juge d'instruction, voyez Nîmes, 24 janv. 1908, D. 1910. 2. 281. Comp. Douai, 7 juill. 1909, D. 1911. 2. 21 ; Grenoble, 15 juill. 1909, P. et S. 1911. 2. 87.

2° Excès et sévices.

***1163. Définition.** — Les *excès* et les *sévices* ne peuvent guère être distingués les uns des autres ; il faut voir dans cette qualification d'un même genre de faits une simple redondance de langage (1). La loi désigne ainsi ainsi tous les *mauvais traitements matériels*, depuis les simples coups ou voies de fait jusqu'à la tentative de meurtre.

1164. Leur degré de gravité. — On s'est demandé si l'épithète « graves », qui termine l'énumération de l'art. 231 (excès, sévices, ou injures graves), tombait aussi bien sur les deux premiers mots que sur le dernier. La question est un peu oiseuse ; les excès et les sévices sont par eux-mêmes des faits graves qui n'ont pas besoin d'être ainsi qualifiés : ces mots ne s'emploient pas à propos d'un léger manquement au devoir. La nécessité de prouver leur gravité ne peut donc être mise en doute. Mais ils doivent être *intentionnels* (Cass., 15 mai 1912, P. et S. 1912. 1. 360).

1165. Leur nombre. — En général, un fait unique n'est pas considéré comme suffisant. En employant le pluriel, la loi montre qu'elle a en vue des faits *multiples* et *répétés*. Cependant, selon les circonstances, un *acte isolé* sera pris en considération : tel serait un attentat à la vie ou une blessure grave.

3° Paroles outrageantes.

***1166. Définition.** — L'injure, que la loi énumère à côté des excès et sévices, est un acte d'un tout autre genre, qui ne suppose pas l'atteinte matérielle au corps ou à la santé. L'injure est *toute offense, ou outrage, quelle qu'en soit la forme, verbale ou écrite.* L'injure ainsi définie est celle qu'ont prévue et réprimée les lois sur la presse de 1819 et de 1881.

(1) Pothier parlait d'une manière vague des « mauvais traitements » confondant sous ce nom les excès ou sévices d'une part, les injures de l'autre (*Mariage*, nos 509 et 510). Parmi les auteurs modernes, quelques-uns veulent appeler « excès » les actes les plus graves, ceux qui mettent la vie en danger, tandis que les sévices seraient de simples voies de fait qui ne menacent ni la vie ni la santé : cette classification arbitraire est contraire au sens naturel des mots, car il y a « excès » dès qu'on sort des bornes de ce qui est permis, tandis que le mot « sévices » exprime d'une manière particulière l'idée de cruauté.

***1167. Pouvoir d'appréciation des tribunaux.** — L'injure n'est une cause de divorce qu'autant qu'elle est *grave*. Les juges apprécient librement son degré de gravité.

Pothier tenait compte de la qualité des parties : un coup de poing, disait-il, ou un soufflet qui pourrait être une cause de séparation entre personnes de condition honnête, n'en est pas une entre gens du bas peuple, à moins qu'ils n'aient été souvent réitérés. Pareilles distinctions ne se proclament plus, mais elles ont lieu tout naturellement ; beaucoup de gens ne ressentent pas d'offense là où d'autres souffriraient cruellement (comp. Cass., 11 avril 1865, D. 66, 1. 166 ; Laurent, t. III, nº 188).

Les tribunaux sont donc autorisés à rejeter la demande, s'ils estiment que la gravité des faits allégués n'est pas suffisante. Aussi dit-on souvent que l'injure grave est une *cause facultative de divorce*, tandis que l'adultère et les condamnations criminelles sont des *causes péremptoires*, pour exprimer que les magistrats ne jouissent pas pour ces dernières du même pouvoir d'appréciation que pour les autres.

L'appréciation à faire est une question de fait pour laquelle les juges du fond sont souverains (Cass., 6 févr. 1860, D. 60. 1. 122, S. 61. 1. 74 ; Cass., 30 juin 1875, D. 76. 1. 442 ; Cass., 16 avril 1894, D. 95. 1. 85. — Arrêts très nombreux). — Une injure isolée peut, « selon les circonstances » (Cass., 22 juin 1880, D. 81. 1. 104), être une cause de divorce.

4º Faits injurieux.

****1168. Définition et caractères.** — Compris dans la loi sous le même nom que l'injure proprement dite, le fait injurieux, admis en jurisprudence comme cause de divorce, en est profondément différent : ce n'est plus une parole insultante, c'est tout manquement grave à l'un des devoirs spéciaux aux époux, c'est une « faute conjugale », plutôt qu'une « injure ».

Ce qui a été dit ci-dessus, à propos de l'injure verbale, pour la condition de *gravité*, s'applique également au fait injurieux, puisque, si les deux choses sont différentes, le texte est le même pour toutes deux.

Même observation pour le pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux (1).

***1169. Principaux cas de faits injurieux.** — Sans chercher à passer en revue toutes les hypothèses où la jurisprudence reconnaît l'existence d'une faute grave, suffisante pour faire prononcer le divorce à titre d'injure, on peut signaler les principales :

1º Le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage après le mariage civil (Bruxelles, 17 juill. 1889, S. 90. 4. 28 ; Rouen, 29 avril 1910, P. et S. 1911. 2. 37).

2º Le refus volontaire et persistant de la part de l'un des époux de consommer le mariage (Cass., 12 nov. 1900, D. 1901. 1. 21, S. 1901. 1. 80 ; Cass., 6 avril 1908, D. 1908. 1. 240, P. et S. 1908. 1. 344). Comparez pour le cas où la non-consommation du mariage n'est pas

(1) Cependant la différence qui sépare à ce point de vue les *causes péremptoires de divorce* (faits spécialement prévus par la loi), et les *causes facultatives* (faits appréciés par les tribunaux), tend à s'atténuer. A mesure que la jurisprudence se consolide, la reconnaissance d'une faute particulière comme cause de divorce remplace son insertion dans la loi ; il ne reste plus qu'à examiner les circonstances de chaque espèce pour voir si la faute cataloguée dans les recueils d'arrêts a réellement été commise.

volontaire, Cass., 22 févr. 1899, D. 99. 1. 244; Orléans, 4 mars 1903, D. 1905. 2. 67. Voyez aussi Cass., 17 févr. 1913, P. et S. 1913. 1. 260.

3° Le fait d'avoir volontairement communiqué la syphilis à l'autre conjoint (Cass., 18 janv. 1892, D. 92. 1. 184, S. 92. 1. 80).

4° L'abandon volontaire de l'un des époux par l'autre (Cass., 6 févr. 1860, D. 60. 1. 122, S. 61. 1. 74; Amiens, 30 nov. 1887, D. 90. 5. 158, S. 88. 2. 87) (1).

5° Le refus persistant du mari de recevoir sa femme (2) (Cass., 8 janv. 1872, D. 72. 1. 87; Cass., 6 nov. 1888, S. 89. 1. 64).

6° Le refus de recevoir les parents de la femme (Cass., 30 nov. 1898, D. 99. 1. 358).

7° La simple tentative d'adultère (Cass., 18 déc. 1894, D. 95. 1. 260). Voyez cependant Bruxelles, 19 juin 1909, D. 1911. 2. 28, qui exige que l'adultère ait été consommé.

8° Le refus du mari de renvoyer ou de laisser renvoyer un domestique qui s'est montré inconvenant envers la femme (Cass., 30 nov. 1898 précité). Voyez cependant tribunal civil de la Seine, 14 nov. 1893, D. 94. 2. 260.

9° Le refus du mari de laisser baptiser les enfants communs (Cass., 30 nov. 1898 précité).

10° Une surveillance abusive exercée sur la correspondance de sa femme (Cass., 6 août 1907, P. et S. 1908. 1. 165).

11° Les habitudes de jeu, entraînant des dettes et l'inconduite (Cass., 6 mai 1907, D. 1907. 1. 408, S. 1907. 1. 280).

12° Une plainte en adultère non fondée (Cass., 16 janv. 1906, D. 1906. 1. 136, S. 1906. 1. 120).

1170. Faits antérieurs au mariage. — En principe les faits injurieux doivent s'être passés *depuis le mariage* (Trib. de Cambrai, 28 mars 1888, D. 88. 5. 165). Cependant la plupart des auteurs admettent que des faits antérieurs au mariage, tels que l'inconduite de la femme ou son état de grossesse, peuvent, *s'ils ont été cachés au mari*, constituer une injure grave. Voyez les citations en sens divers dans Dalloz, *Suppl.*, t. X, p. 340, n° 91. — Comp. Lyon, 4 août 1891, D. 92. 2. 219; Paris, 10 août 1892, S. 93. 2. 242; Grenoble, 13 déc. 1910, D. 1913. 2. 159; Bordeaux, 1er déc. 1913, P. et S. 1914. 2. 199. En pareil cas c'est moins l'acte antérieur que le silence gardé par son auteur qui constitue l'injure; c'est la tromperie prolongée jusqu'au moment du mariage. On peut aussi considérer comme injurieuse la façon dont cette faute serait ensuite révélée par la femme à son mari (Lyon, arrêt précité). — Voyez cependant Dijon, 19 févr. 1890, S. 90. 2. 111.

5° Condamnations criminelles.

***1171. Motif du divorce.** — La flétrissure qui résulte d'une condamnation

(1) Il a été jugé que la fuite de l'un des époux pouvait être justifiée et n'était pas une cause de divorce quand elle avait lieu dans la crainte d'une faillite ou d'une condamnation pénale (Bruxelles, 14 nov. 1871, D. 87. 5. 60; autres arrêts de Liège, 4 déc. 1867, Bruxelles, 21 juin 1870, et Paris, 11 févr. 1887, dans Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 334, notes 3 et 4; p. 343, note 3; Gand, 23 déc. 1905, S. 1906. 4. 24). Mais il y aurait injure grave si l'époux fugitif laissait son conjoint sans nouvelles et sans ressources et ne faisait rien pour le laver de la flétrissure indirecte qu'il lui a infligée (Paris, 18 avril 1888, D. 90. 5. 101; Paris, 13 févr. 1895, D. 95. 2. 296).

(2) D'après un arrêt, le refus du mari de recevoir sa femme ne serait même pas justifié par l'inconduite de celle-ci, la vie commune étant une obligation essentielle dont les époux ne peuvent être dispensés que par une séparation de corps judiciairement prononcée (Cass., 27 janv. 1874, D. 74. 1. 140, S. 74. 1. 216). Voyez cependant Paris, 9 avril 1875, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 333, note 2, et les auteurs cités, *ibid.*, n° 73. *Adde* Alger, 23 avril 1893, S. 93. 2. 184; Montpellier, 16 janv. 1902, D. 1902. 2. 288.

à une peine grave rejaillit indirectement sur le conjoint du condamné; il est juste que ce conjoint, s'il souffre de l'indignité du condamné, puisse obtenir la rupture du mariage, et n'avoir plus rien de commun avec lui. — Cette cause de divorce est *péremptoire*, de même que l'adultère; les juges n'ont rien à apprécier et ne peuvent refuser le divorce.

***1172. Condamnations entraînant le divorce.** — L'art. 232 a subi une retouche en 1884. Le texte primitif portait : « condamnation à une peine *infamante...* » Or on faisait remarquer qu'il y a deux peines infamantes, le *bannissement* et la *dégradation civique*, qui sont classées comme telles par la loi, mais auxquelles, dans nos mœurs modernes, ne s'attache aucune idée de flétrissure, parce qu'elles sont prononcées pour des faits politiques. Il paraissait injuste que des faits de ce genre pussent entraîner le divorce ou la séparation de corps. Les auteurs de la loi de 1884 ont tenu compte de ces critiques en ajoutant un mot dans l'art. 232 : le divorce ne peut plus être prononcé que pour une condamnation à une peine *afflictive et infamante* (peine de mort, les peines criminelles privatives de liberté, comme les travaux forcés); les peines simplement infamantes, comme la dégradation civique et le bannissement, se trouvent ainsi écartées. Mais la réforme s'est arrêtée là; on a laissé subsister comme causes de divorce les autres condamnations aux peines politiques afflictives comme la déportation et la détention.

1173. Conditions du divorce. — Il faut :

1° Que la condamnation ait été prononcée *par un tribunal français* (Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 344, n° 109).

2° Qu'elle soit *devenue définitive*. Cela résulte de l'art. 261. Par suite une condamnation par contumace, qui tombera de plein droit si le condamné se représente ou s'il est arrêté, n'est pas une cause de divorce. Comp. Paris, 11 févr. 1887, S. 87. 2. 88.

3° Qu'elle n'ait été effacée ni par la *réhabilitation* ni par l'*amnistie*. Mais la grâce, simple remise de la peine, n'efface pas la condamnation. A plus forte raison le divorce peut-il être demandé si la peine a été subie ou si elle est prescrite.

4° Qu'elle ait été *prononcée pendant le mariage*, car le texte porte : « La condamnation de l'un des *époux...* » Peu importe que le crime ait été commis avant le mariage. Quant à la condamnation antérieure au mariage, elle n'est pas une cause de divorce; mais, si elle a été cachée à l'autre conjoint, ce fait peut constituer une injure grave. Comp. trib. Anvers, 27 mai 1875, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 340, note 2.

***1174. Effet des condamnations correctionnelles.** — Les qualifications « afflictive et infamante » ne conviennent qu'aux *peines criminelles* (art. 7 et 8 C. pén.). Les simples peines correctionnelles, l'emprisonnement par exemple, ne sont pas des causes de divorce. Cependant une condamnation de ce genre est souvent plus déshonorante que certaines condamnations en Cour d'assises. Actuellement la jurisprudence admet que le divorce est possible, à raison de la solidarité qui confond l'honneur des deux époux, lorsque la condamnation encourue peut être considérée comme une flétrissure (Toulouse, 7 juill. 1886, D. 88. 2. 52, S. 86. 2. 209; Toulouse, 31 déc. 1888, D. 90. 2. 104, S. 89. 2. 61; Angers, 13 avril 1896, D. 96. 2. 439). C'est une application de son système sur les injures graves, et les tribunaux se réservent, dans ce cas d'injure comme dans les autres, leur pouvoir d'appréciation, pour décider s'il y a *atteinte à l'honneur du conjoint*.

1175. Observations. — 1° La cause du divorce se trouve moins dans la condamnation en elle-même que dans le fait qui l'a motivée; le jugement sert seulement de preuve pour

établir l'acte déshonorant reproché au coupable. Il en résulte que l'on concevrait tout aussi bien le divorce en l'absence de toute condamnation.

2° Cette jurisprudence ne s'est établie que depuis la loi de 1884. Antérieurement les tribunaux refusaient la séparation de corps pour condamnation correctionnelle (Grenoble, 24 janv. 1865, D. 65. 2. 220; comp. Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 341, n° 93). Voyez pourtant un jugement de Saumur (2 août 1862. D. 62. 3. 72). Ce qui a entraîné la jurisprudence, c'est une indication en ce sens dans les discussions de la loi de 1884. La commission de la Chambre des députés avait proposé d'admettre le divorce pour les délits les plus graves, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'outrage public à la pudeur, l'excitation de mineurs à la débauche; mais le texte, adopté par la Chambre, fut repoussé par le Sénat, dont le rapporteur fit observer que « dans l'immense majorité des cas les tribunaux considéreraient l'infamie de l'un des époux comme une injure grave envers l'autre » (comp. Trib. Castelnaudary, 13 août 1885, P. 1887. 2. 185).

CHAPITRE III

DES DEMANDES EN DIVORCE

§ 1. — *Observations préliminaires.*

1176. Pourquoi la procédure du divorce est réglée par le Code civil. — La procédure du divorce, qui devrait se trouver dans le Code de procédure, a été réglée par le Code civil parce qu'on ne savait pas en 1803 si le Code de procédure se ferait rapidement, et on ne voulut pas attendre sa rédaction pour réprimer les abus dont on avait été témoin pendant dix ou douze ans; on saisit l'occasion qui se présentait de prendre des précautions et voilà pourquoi on trouve une procédure entière régie par le Code civil. En 1884 et en 1886, quand on a rétabli le divorce, on n'a pas jugé utile de distraire ces règles du Code civil où l'on était habitué à les chercher, pour les transporter dans le Code de procédure.

1177. Conséquence. — Ce fait purement accidentel produit une conséquence juridique remarquable. A la fin du Code de procédure se trouvent quelques dispositions générales, parmi lesquelles celle-ci : « Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi » (art. 1030). Or cet article n'est applicable qu'aux règles établies par le Code dont il fait partie. Il en résulte que la nullité d'une procédure en divorce pourrait être admise par le tribunal sans texte formel, au cas d'omission d'une formalité *substantielle.*

***1178. Œuvre de la loi de 1886.** — Le législateur de 1884 s'était contenté de faire revivre, presque sans modifications, les art. 234 à 274 du Code primitif, qui réglaient la procédure du divorce. Il s'était bien rendu compte des inconvénients de cette procédure, mais il n'avait pas voulu entreprendre immédiatement sa réforme, dans la crainte de retarder et peut-être de compromettre le vote d'une loi qui avait déjà échoué : on vota d'abord le rétablissement du divorce, sauf à revenir ensuite sur les formes de l'action. Cette réforme fut l'œuvre de la loi du 18 avril 1886, insérée dans le Code civil, où elle forme actuellement les art. 234 à 252, les art. 253 à 274 étant abrogés et non remplacés. La loi de 1886 a eu surtout pour but de *simplifier la procédure du divorce.* En 1803, on s'était appliqué à organiser une procédure lente et compliquée, afin de rendre les divorces plus rares dans la pratique et plus difficiles à obtenir. En 1884, ces lenteurs, avec les frais qu'entraînaient tant de formalités, apparaissaient au contraire comme des entraves inutiles. Une autre cause encore amena la réforme. Dans le système primitif du Code, l'*enquête* (audition des témoins) se faisait *à l'audience*, c'est-à-dire devant le tribunal tout entier. Avec l'afflux des causes

de divorce qui se produisit, les audiences se trouvaient absorbées par un seul genre d'affaires, et l'expédition des autres causes retardée d'autant. Or, dans beaucoup de tribunaux trop chargés, on se plaignait déjà auparavant de l'encombrement et des retards que subissaient les affaires. Il fallut donc alléger la procédure ; on y est arrivé par divers moyens, et notamment en substituant *les formes ordinaires de l'enquête* à la forme spéciale établie par le Code civil. On gagne ainsi beaucoup de temps ; mais les parties y ont aussi perdu les garanties résultant de l'ancienne forme qui faisait le tribunal entier juge des déclarations des témoins : il n'était pas mauvais que tous les magistrats qui sont appelés à statuer sur la demande entendissent les déclarations faites dans l'enquête (1). — En même temps la loi de 1886 a modifié *la forme du divorce.*

§ 2. — *Personnes pouvant exercer l'action.*

A. — Qui a le droit d'agir.

***1179. Action des époux.** — Le divorce peut être demandé par chacun des deux époux, quand il croit avoir à se plaindre de l'autre. La demande peut être *unique* ou *double* : au premier qui agit, l'autre peut répondre en demandant le divorce à son tour. On verra plus loin l'utilité de ces demandes reconventionnelles (ci-dessous, nº 1266).

***1180. Refus de l'action à toute autre personne.** — La faculté de demander le divorce est essentiellement personnelle aux époux ; aucune personne autre qu'eux-mêmes ne peut agir. Sont ainsi exclus :

1º *Les créanciers des époux.* La demande n'est pas une action relative aux biens et qui fasse partie du patrimoine.

2º *Les héritiers des époux.* Quand l'un des époux est mort il n'y a plus lieu à divorce, puisque le mariage est dissous et que le divorce avait pour but de le dissoudre. Les héritiers ne pourraient même pas continuer l'action, si le décès de l'époux se produisait au cours de l'instance (art. 244, al. 3). L'action est absolument éteinte (Cass., 27 juill. 1871, D. 71. 1. 81, S. 71. 1. 209). Le tribunal ne doit même pas statuer sur les dépens, car l'obligation de payer les dépens est une conséquence de la perte du procès sur le fond (Dijon, 7 févr. 1872, D. 73. 2. 122, S. 72. 2. 6). Toutefois ce dernier point est controversable. Voyez Dalloz, note sous Cass., 27 juillet 1871 précité, et *Suppl.*, t. V, p. 382, nº 386.

3º Le *tuteur de l'interdit judiciaire.* Sous l'empire des textes du Code civil, il a été jugé en Belgique que le tuteur de l'interdit judiciaire ne peut demander le divorce au nom de l'aliéné (Cass. belge, 11 nov. 1869, D. 70. 2. 1). La loi française de 1886 a établi chez nous la même règle : ceci résulte de la suppression d'un alinéa du projet, qui permettait formellement au tuteur de présenter la requête à fin de divorce, avec l'autorisation du conseil de famille ;

(1) Les dépositions reçues par le juge commissaire sont bien lues à l'audience ; mais outre qu'elles peuvent ne pas rendre très fidèlement les paroles réellement prononcées, le tribunal n'a pas sous les yeux le spectacle vivant de l'enquête : bien des indices dans le jeu de la physionomie, dans le ton, dans le regard, modifient la valeur des témoignages et font impression sur les auditeurs.

cette disposition a été remplacée par une autre qui permet seulement au tuteur d'un aliéné de demander la *séparation de corps* (art. 307, al. 2). Cette différence s'explique. La séparation de corps n'a qu'un effet temporaire, elle laisse subsister le mariage, tandis que le divorce le dissout : de même que le mariage, le divorce exige donc le consentement personnel de l'intéressé ; il est, par suite, impossible de le demander du chef d'un dément hors d'état de manifester sa volonté.

Si la demande en divorce est *introduite par le conjoint de l'interdit*, celui-ci sera nécessairement représenté par son tuteur, car il faut bien que l'action suive son cours.

Ce qui vient d'être dit de l'*aliéné interdit* s'applique, par identité de motifs, au cas où l'aliéné est enfermé sans être interdit. La demande ne pourra pas être formée en son nom ; s'il s'agit d'y défendre, il sera représenté par un mandataire spécial (L. 30 juin 1838, art. 33). Comp. Bordeaux, 18 juill. 1888, D. 90. 2. 51, S. 89. 2. 64.

B. — Cas où l'époux est incapable.

1181. Incapacité de la femme. — Les deux époux sont astreints aux mêmes formalités. La femme qui veut demander le divorce présente sa requête au président, librement, sans autorisation de personne ; pour introduire sa demande devant le tribunal, son mari a besoin comme elle de l'autorisation du président, et elle n'en a pas besoin d'autre. Si la femme est défenderesse, l'autorisation accordée par le président à son mari pour l'assigner devant le tribunal, vaut implicitement pour elle autorisation de plaider. De sorte que, *dans aucun cas et sous aucune forme, on ne voit se manifester l'incapacité habituelle de la femme.*

1182. Époux aliéné. — On a déjà vu qu'aucune action en divorce ne peut être intentée du chef de l'aliéné ; cet aliéné lui-même, s'il a des intervalles lucides, pourrait-il former la demande? Quelques auteurs admettent l'affirmative, mais cette solution est plus que douteuse, car la demande en divorce est une *action en justice* et l'interdit est frappé d'une incapacité permanente qui dure même pendant les intervalles lucides.

1183. Époux interdit légalement. — Lorsque l'époux est en état d'interdiction légale par suite d'une peine afflictive (travaux forcés, réclusion, déportation, détention), le divorce est possible, parce que la volonté du condamné peut être exprimée.

La loi a prévu le cas où c'est l'époux interdit qui veut se porter demandeur ; l'action est alors exercée *par le tuteur du condamné*, mais ce tuteur ne peut agir que « *sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit* » (art. 234, al. 3). L'emploi du mot « réquisition » implique, selon nous, que le tuteur est obligé d'agir quand l'interdit le lui demande. Toutefois ce point est controversé.

Aucun texte n'a prévu le cas inverse, celui où la demande est formée par le conjoint de l'interdit ; mais il ne peut y avoir aucune difficulté : le condamné sera nécessairement représenté par son tuteur, dès le début de l'instance (Paris, 7 avril 1887, D. 88. 2. 245, S. 88. 2. 54 ; Besançon, 21 nov. 1894, D. 95. 2. 317).

1184. Époux mineur. — En fait, c'est habituellement la femme qui est mineure ; elle est émancipée par son mariage et elle a son mari pour curateur. Peut-elle alors demander le divorce? On en pourrait douter parce que la loi ne reconnaît pas au mineur émancipé une capacité entière pour exercer les actions en justice ; il a besoin d'être autorisé pour intenter les actions immobilières. Mais l'action en divorce a ses formes spéciales et l'*autorisation donnée par le président est considérée comme suffisante* (Trib. civ. Seine, 23 juill. 1894, D. 95. 2. 85 ; Paris, 22 mars 1894, D. 94. 2. 472 ; Angers, 4 janv. 1899, D. 99. 2. 100).

1185. Époux pourvu d'un conseil judiciaire. — Le prodigue ou le faible d'esprit, a qui il a été nommé un conseil judiciaire, est incapable de *plaider* seul (art. 499 et 513). Bien que le motif de l'incapacité de plaider concerne exclusivement les affaires pécuniaires, on admet en général que l'autorisation de son conseil lui est nécessaire pour plaider en divorce, soit comme demandeur, soit comme défendeur. En cas de refus injuste de la part du conseil, l'incapable peut demander la nomination d'un conseil judiciaire « *ad hoc* » (Paris, 25 mars 1890, D. 90. 2. 257, S. 90. 2. 107).

§ 3. — *Compétence.*

***1186. Compétence exclusive des tribunaux civils.** — La demande en divorce rentre naturellement dans la compétence des tribunaux civils. Eux seuls peuvent en connaître. Par conséquent, un tribunal de répression, saisi d'une poursuite sur un fait qui constitue une cause de divorce, ne pourrait pas prononcer le divorce accessoirement à la peine : les juridictions répressives peuvent bien statuer sur l'*action civile* qui naît d'un crime ou d'un délit (art. 3 C. instr. crim.), mais cette action civile a pour unique objet la demande d'une *indemnité pécuniaire* destinée à réparer le dommage ; elles sont incompétentes pour toutes autres actions.

1187. Influence sur le civil de la chose jugée au criminel. — Supposons que la cause du divorce soit un fait délictueux qui a fait l'objet d'une poursuite criminelle. Quand la demande en divorce viendra devant le tribunal civil, quelle sera l'autorité du jugement rendu au criminel ? Il faut distinguer selon l'issue du débat engagé sur l'action publique.

1° *Il y a eu condamnation.* — Les faits à raison desquels l'un des conjoints a été condamné doivent être *tenus pour vrais* et ne peuvent plus être débattus à nouveau devant le tribunal civil parce que *la chose jugée au criminel a autorité au civil.* Les juges civils n'auront plus qu'à examiner si ces faits, désormais acquis, peuvent être considérés comme une cause de divorce. Il pourrait donc arriver que le divorce ne fût pas prononcé, malgré la condamnation de l'époux. Toutefois ce pouvoir d'appréciation est enlevé aux juges civils, si l'époux a été condamné à une peine afflictive et infamante, car cette peine est par elle-même une cause péremptoire de divorce.

2° *Il y a eu absolution.* — L'absolution suppose que la personne poursuivie a été reconnue *coupable du fait*, mais que pour une raison particulière on l'a *exemptée de la peine.* Il y a donc chose jugée sur le fait lui-même, qui ne peut pas plus être remis en question que s'il y avait eu condamnation.

3° *Il y a eu acquittement.* — La personne poursuivie est déclarée *non coupable.* L'ancien art. 235 portait que la demande en divorce peut alors être reprise, « sans qu'il soit permis d'en inférer aucune fin de non-recevoir contre l'époux demandeur ». Cela a besoin d'une explication. L'individu acquitté ne peut plus être l'objet d'une poursuite pénale à raison des mêmes faits ; il y a chose jugée en sa faveur. Mais ces faits peuvent encore être *appréciés au point de vue civil.* Il est possible que les faits qu'on lui reprochait ne présentent pas tout à fait les caractères nécessaires pour motiver une condamnation pénale et qu'ils soient cependant une cause de divorce : les conditions définies par la loi pour l'application d'une peine et pour la rupture du mariage ne sont pas les mêmes. Il n'y aurait donc *aucune contradiction* entre les deux jugements si le tribunal civil prononçait le divorce à raison d'un fait dont l'époux aurait été reconnu non coupable au point de vue pénal par une décision antérieure d'une juridiction répressive.

1188. Détermination du tribunal civil compétent. — Les textes actuels ne contiennent rien sur la compétence. En vertu du droit commun (art. 59. al. 1, C. proc. civ.), c'est le tribunal du *domicile de l'époux défendeur* qui sera compétent. Le texte ancien (art. 234) attribuait compétence au tribunal « dans l'arrondissement duquel les époux auront leur domicile ». Cette formule était exacte pour les cas ordinaires, la femme ayant le même domicile que son mari ; elle cessait de l'être pour le cas où les époux étaient déjà séparés de corps et où la femme avait un domicile distinct.

1189. Cas où l'époux défendeur change de domicile pendant l'instance. — Le tribunal, régulièrement saisi de la demande, reste compétent malgré le déplacement postérieur du domicile du défendeur. Il y a eu des difficultés pour savoir à partir de quel moment le tribunal devait être considéré comme saisi. Divers auteurs voulaient que ce fût seulement du jour où l'assignation est lancée ; mais la jurisprudence juge que le tribunal est saisi dès le moment où l'époux demandeur présente au président du tribunal sa requête

afin d'être autorisé à assigner son conjoint (Cass., 8 déc. 1880, D. 81. 1. 260, S. 82. 1. 103).

1190. Cas où l'époux défendeur n'a pas de domicile connu. — L'époux demandeur forme alors sa demande devant le tribunal du dernier domicile de son conjoint (Trib. Seine, 12 juill. 1886, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 347, note 1). On pourrait même admettre, si c'est la femme qui agit et que le mari a disparu depuis longtemps, que la résidence actuelle de la femme déterminera la compétence.

1191. Exception d'incompétence. — L'époux défendeur qui veut opposer l'incompétence du tribunal devant lequel la demande est portée doit le faire aussitôt qu'il comparaît devant le président et avant de présenter ses explications et moyens de défense (Cass., 1er juin 1891, D. 93. 1. 428 ; Paris, 15 mars 1892, D. 93. 2. 367, S. 92. 2. 72). Sinon, il est réputé renoncer à cette exception.

La décision du président sur la question de compétence est sujette à appel. L'appel doit-il être porté devant le tribunal ou devant la Cour? Voyez en sens opposés Grenoble, 2 mai 1891, D. 92. 2. 560, S. 93. 2. 177, et Nîmes, 16 févr. 1892, S. 92. 2. 39. Voyez aussi, sur le rôle du président, Aix, 30 janv. 1905, *Le Droit* du 11 mars 1905.

§ 4. — *Formalités préliminaires.*

A. — Requête.

1192. Objet de la requête. — La demande en divorce doit être précédée d'une *autorisation* accordée par le président du tribunal à l'époux demandeur, autorisation qui est un permis d'assigner devant le tribunal. C'est pour obtenir cette autorisation que la requête est nécessaire (art. 234, al. 1). Cette requête est *un acte d'avoué.*

La requête doit contenir l'énoncé sommaire des faits sur lesquels la demande est fondée ; cela est nécessaire pour que le président puisse, comme la loi l'y oblige, faire aux époux les observations qu'il juge convenables à opérer un rapprochement. Cependant le texte actuel n'impose plus cette obligation au demandeur, alors que l'ancien art. 236 le disait formellement.

L'époux demandeur peut-il alléguer devant le tribunal des faits autres que ceux qu'il avait énumérés dans sa requête? La Cour de Douai l'y a autorisé dans un cas où les faits nouveaux étaient *connexes* à ceux qu'il avait indiqués d'abord (Douai, 9 mai 1885, D. 86. 2. 99). Il semble que la même faculté devrait lui être refusée s'il s'agissait de faits entièrement distincts, surtout s'ils constituaient une *cause différente* de divorce.

***1193. Comparution personnelle et observations du président.** — La loi veut que la requête soit présentée au président par le demandeur *en personne* (art. 234). Cette formalité est exigée parce que la loi confie au président, à ce moment même, le soin de faire une *première tentative d'apaisement.* Ce magistrat doit faire au requérant « les observations qu'il croit convenables » (art. 235), dans le but de le décider à renoncer à son projet, si par hasard sa demande n'est pas sérieuse. Aussi la loi attache-t-elle une grande importance à cette comparution de l'époux lui-même. Toutefois lorsque le demandeur est en état d'interdiction légale, la requête est présentée en son nom par son tuteur, mais il a été dit, dans la discussion de la loi, que le président pourrait ordonner la comparution personnelle du condamné.

Lorsque le demandeur, par suite d'une maladie dûment constatée, est hors d'état d'aller trouver le président, celui-ci est obligé de se transporter au domicile du malade, accompagnée du greffier, afin de recevoir la requête (art. 234, al. 2). La loi suppose que l'époux demandeur se trouve dans le ressort du tribunal compétent, et n'a pas prévu le cas où cet époux serait malade au loin. En ce cas, le président n'ayant pas de pouvoirs pour se rendre en cette qualité dans un autre arrondissement, adressera une commission rogatoire à son collègue pour entendre le malade sur place.

B. — Tentative de conciliation.

***1194. Sa forme spéciale.** — Dans presque tous les genres de procès la loi impose aux parties une formalité préalable : avant d'aller devant le tribunal pour plaider, elles doivent se rendre devant le juge de paix qui est chargé d'arranger l'affaire, si c'est possible ; c'est le *préliminaire de conciliation*, quelque chose comme une tentative d'accommodement diplomatique avant l'ouverture des hostilités. — Pour les demandes en divorce, il y a aussi un préliminaire de conciliation, mais il est organisé d'une manière spéciale. Il se fait *devant le Président du Tribunal*, et non devant le juge de paix.

1195. Citation. — La citation, destinée à convoquer l'autre époux, lui est adressée en vertu d'une ordonnance du président écrite au bas de la requête, par laquelle il fixe le lieu et l'heure de la réunion et commet un huissier pour la notifier. La citation est envoyée à l'autre époux trois jours au moins d'avance, plus les délais de distance, et sous pli fermé, à peine de nullité (art. 235 et 237).

1196. Entrevue des époux. — La réunion des époux doit se faire, en principe, dans le cabinet du magistrat, qui peut cependant désigner un autre endroit et s'y transporter lui-même, au cas où l'une des parties justifierait de l'impossibilité de se rendre auprès de lui (art. 238, al. 1).

Les parties doivent comparaître *en personne* ; cela est nécessaire pour assurer la possibilité d'un arrangement ; un mandataire ne pourrait agir qu'en vertu d'instructions antérieures qui lui seraient nécessairement données pour refuser toute conciliation. L'art. 877 C. proc. civ. leur défend même de se faire assister par des avoués ou des conseils (avocats) ; cet article, écrit à propos de la séparation de corps, doit être considéré comme commun aux deux procédures. Voyez toutefois le n° 1183 ci-dessus.

1197. Possibilité de renouveler l'essai de conciliation. — Si le président, sans réussir à réconcilier les époux à leur première comparution devant lui, ne désespère pas d'y réussir en leur laissant le temps de la réflexion, la loi lui permet de recommencer sa tentative dans un délai qui ne peut excéder vingt jours : « Le juge peut, suivant les circonstances, *ajourner les parties* à un délai qui n'excède pas vingt jours... » (art. 238, al. 5). Au jour fixé, les époux comparaissent de nouveau, et pour la dernière fois, devant le président qui ne peut prolonger plus longtemps sa tentative de réconciliation.

1198. Du permis de citer. — Après la première réunion des époux, ou au plus tard après la seconde, si le président a échoué dans ses efforts pour empêcher le divorce, il dresse un *procès-verbal* constatant la non-conciliation (ou le défaut de l'autre époux) : puis en réponse à la requête qu'il a reçue, il rend une *ordonnance* par laquelle il autorise l'époux qui veut obtenir le divorce à assigner son conjoint devant le tribunal (art. 238, al. 1). C'est le *permis de citer*.

1199. Délai donné pour l'assignation. — L'époux qui a obtenu la permission de citer doit en user dans un délai de *vingt jours à compter de la date de l'ordonnance* (art. 238, al. 6). Faute par lui d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cessent de plein droit. Sur ces mesures, voyez ci-dessous, n°s 1239 et suiv. Il ne faut pas confondre ce délai de vingt jours avec l'autre délai de vingt jours dont il est question dans l'al. 5 du même article. L'un de ces délais fixe l'intervalle dans lequel doit avoir lieu la seconde tentative de conciliation ; l'autre fixe le délai dans lequel doit être lancé l'ajournement après l'ordonnance du président.

§ 5. — *Marche de la procédure.*

1200. Règles empruntées au droit commun. — La procédure organisée par le Code était dispendieuse, lente et encombrante. Ses inconvénients, déjà reconnus de 1803 à 1816, signalés à nouveau dans la discussion de la loi de 1884, ont amené le vote de la loi

de 1886, qui en a beaucoup simplifié les formalités. L'idée dominante de la réforme de 1886 a été d'appliquer au divorce les règles ordinaires de la procédure. C'est ce que dit l'art. 239, al. 1 : « La cause est *instruite et jugée dans la forme ordinaire.* »

Applications. — Le principe nouveau s'applique aux points suivants :

1° A l'*assignation*, qui est envoyée dans la forme ordinaire par un exploit d'huissier.

2° A la *demande reconventionnelle*, que l'époux défendeur peut former de son côté pour demander le divorce à son profit, et qui peut se faire par un *simple acte de conclusions* (art. 239, al. 3), c'est-à-dire un acte d'avoué à avoué.

3° A l'*enquête*. L'audition des témoins a lieu dans la forme ordinaire, devant un juge-commissaire qui les entend dans son cabinet, seul avec le greffier (art. 245, al. 1). Avant 1886, les enquêtes se faisaient en grand apparat, à l'audience, le ministère public sur son siège et en présence des parties. Avec la procédure nouvelle, on gagne du temps puisque l'audience est libre pour d'autres affaires, pendant que l'enquête se fait par un seul juge.

4° A la *publicité des audiences*. Les audiences des affaires de divorce sont toutes publiques, à moins que le tribunal n'use du droit que la loi donne de prononcer le *huis clos* (art. 239, al. 4). D'après les règles du Code civil, la plupart des audiences avaient nécessairement lieu à huis clos.

1201. Règles spéciales. — On a déjà vu celles qui concernent les formes particulières du *préliminaire de conciliation*. On verra plus loin celles qui sont relatives à la *preuve* et aux *voies de recours*. Il ne s'agit ici que de celles qui se rencontrent dans la marche de la procédure, devant le tribunal, pendant l'*instance en divorce*.

1° Défaut du défendeur. — Si le défendeur fait défaut, des mesures exceptionnelles de publicité peuvent être prises pour l'avertir de la demande dirigée contre lui, toutes les fois que l'assignation ne lui a pas été remise « parlant à sa personne » (art. 247). Le président peut ordonner des *insertions dans les journaux*, mais il doit le faire avec prudence, par exemple en rédigeant ainsi son avis, comme le disait le rapporteur à la Chambre : « M. A... est invité à se présenter au greffe pour prendre connaissance d'une affaire qui l'intéresse », sans dire qu'il s'agit d'une demande en divorce. — Le *jugement* ou l'*arrêt* prononcé par défaut est signifié *par huissier commis* (même article). Enfin le président peut en ordonner la *publication par extraits* dans les journaux qu'il désigne. — Ces mesures de publicité sont prises parce que l'expérience a montré que certains divorces, prononcés par défaut, auraient pu être évités, si le défendeur avait été prévenu à temps pour venir se justifier.

2° Possibilité d'un sursis. — Au dernier moment de la procédure, quand l'enquête est faite, les débats terminés, et qu'il ne reste plus qu'à prononcer le jugement, le tribunal peut s'abstenir de statuer et ajourner sa décision pendant un délai qui ne peut excéder *six mois* (art. 246). C'est encore une tentative d'apaisement, un temps d'épreuve imposé aux parties ; on espère qu'un rapprochement peut encore s'opérer. Si le demandeur persiste dans ses conclusions après le délai écoulé, le tribunal ne peut plus user d'atermoiement et le divorce, qui est alors de droit, doit être immédiatement prononcé. — Avant 1886 ce délai pouvait être d'une année ; il a donc été réduit de moitié.

Cependant le tribunal ne peut pas recourir à ce délai de six mois lorsque le divorce est demandé pour condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. La nature du grief est telle qu'il serait déraisonnable d'attendre un accommodement et le divorce doit être prononcé immédiatement. — Sur différentes questions relatives à ce sursis, voyez Paris, 20 juill. 1904, D. 1906. 2. 351 ; Cass., 30 nov. 1908, D. 1911. 1. 409, P. et S. 1909. 1. 537 ; Cass., 10 mai 1909, D. 1910. 1. 289.

3° Défense aux journaux de reproduire les débats. — La reproduction des débats par la voie de la presse est interdite sous peine d'une amende de 100 à 2 000 francs (art. 239, al. final). Cette prohibition a pour cause le désir d'étouffer le scandale, et d'empêcher les journaux de battre monnaie avec les hontes et les tristesses intimes des familles. Les torts de chaque époux sont souvent grossis par son adversaire, et ces luttes ardentes passionnent le public qui se montre toujours friand de telles lectures. C'est bien assez de la publicité inévitable de l'audience. L'interdiction est, du reste, limitée aux *débats* ; le *jugement* peut être publié ; la loi elle-même en ordonne la publicité.

§ 6. — *Fins de non-recevoir.*

***1202. Définition.** — On entend par fins de non-recevoir les exceptions que l'époux défendeur peut opposer à la demande, non pas pour contester les faits qu'on lui reproche, mais *pour faire écarter la demande, quoique ces faits soient prouvés ou susceptibles de l'être.*

***1203. Énumération.** — Les fins de non-recevoir possibles sont assez nombreuses. Les unes sont tirées des principes généraux de la procédure : 1° La *prescription* de l'action ; 2° La *péremption* de l'instance après trois ans d'interruption ; 3° L'exception de *chose jugée* lorsque les faits allégués ont déjà motivé une demande en divorce qui a été repoussée.

D'autres sont spéciales au divorce ; telles sont : 1° La *réciprocité des orts* ; 2° La *connivence dans l'adultère* ; 3° La *réconciliation des époux* ; 4° La *non-justification de résidence* (cause spéciale à la femme) ; 5° L'existence d'un *précédent divorce* entre les mêmes conjoints.

La péremption et l'exception de chose jugée n'offrant aucune règle qui soit particulière au divorce, nous n'en dirons rien (voyez Cass., 8 mars 1904, D. 1904. 1. 475) ; l'existence d'un précédent divorce et la non-justification de résidence seront étudiées plus loin (n°s 1245 et 1286). Restent les quatre autres fins de non-recevoir, que nous allons examiner.

Il a souvent été jugé que les fins de non-recevoir opposables à la demande en divorce sont limitativement énumérées par la loi (Nîmes, 17 juin 1889, D. 91. 5. 183). Ce qui n'empêche pas les tribunaux d'en admettre au moins deux (ci-dessous, n°s 1205 et 1207) qui ne sont pas établies par des textes. Comp. Lyon, 12 juin 1903, S. 1906. 2. 73.

A. — Prescription.

1204. Diverses prescriptions proposées. — Existe-t-il une prescription extinctive de l'action en divorce? Toullier voulait appliquer par analogie l'art. 957 qui limite à une année la durée de l'action en révocation d'une donation pour ingratitude ; mais cette extension à notre hypothèse d'un article écrit pour une matière toute différente est trop arbitraire pour être admise. — On a dit encore qu'au cas où les faits allégués constituent un *délit*, par exemple l'adultère, des coups et blessures, etc., la demande devait être formée dans le délai de trois ans, parce qu'au delà de ce temps l'action civile est prescrite comme l'action publique (art. 2, 637 et 638 C. inst. crim.). Aucune plainte n'est donc plus recevable lorsqu'elle se fonde sur des faits délictueux remontant à plus de trois années. Il faut répondre que la demande en divorce n'est pas l'*action civile*, dont il est parlé dans le Code d'instruction criminelle : l'action civile a pour but la réparation du dommage, et elle peut être poursuivie devant les mêmes juges que l'action publique ; tel n'est pas le but de la demande en divorce.

Beaucoup d'auteurs appliquent l'art. 2262 à la demande en divorce, et la déclarent prescrite au bout de trente ans (Aubry et Rau, § 492, p. 187 ; Laurent, t. III, n° 215, et la plupart des traités spéciaux sur le divorce). D'autres écartent l'art. 2262, parce que la prescription ne court pas entre époux (art. 2253) (Demolombe, t. IV, n° 409 ; Trib. d'Abbeville, 20 mai 1884, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 383, note 2, S. 85, 2. 168 ; Trib. de Rambouillet, 3 août 1894, D. 95. 2. 294). Comp. Naquet, note sous Cass., 1er avril 1908, P. et S. 1909. 1. 241.

Cette question est d'ailleurs de nature à se présenter rarement, parce que l'époux qui serait

resté plus de trente ans sans agir après les torts que son conjoint a eus envers lui pourrait être considéré comme ayant pardonné.

B. — Réciprocité des torts.

***1205. Son effet variable.** — La loi n'en a pas parlé. En principe, elle ne constitue pas une fin de non-recevoir. Lorsque le demandeur est lui-même coupable envers son conjoint, la seule conséquence de ce fait est que les causes du divorce existent en double, et qu'il y a deux raisons au lieu d'une pour le prononcer. L'autre époux n'a qu'à former une demande reconventionnelle, et le tribunal statuera à la fois contre les deux époux. — Cependant il y a deux cas où il est permis de tirer de ces torts réciproques une fin de non-recevoir.

1° Lorsque le divorce est demandé pour *mauvais traitements* (excès, sévices ou injures), il faut établir une sorte de balance de compensation entre la conduite des deux conjoints, en ce sens que les faits reprochés au défendeur peuvent être atténués par la façon dont son conjoint s'est conduit envers lui ; on lui reproche des voies de fait, des paroles outrageantes ; il était peut-être sous l'empire de la colère, et il faut tenir compte des circonstances qui l'y ont provoqué.

Ainsi il a été jugé que les griefs allégués par le demandeur peuvent n'être pas jugés assez graves pour justifier sa demande, quand ils sont en partie excusés par ses propres torts envers son conjoint (Cass., 18 janv. 1881, D. 81. 1. 125 ; Cass., 12 janv. 1903, S. 1903. 1. 279). Mais on ne doit pas aller plus loin. En dehors de cette *excuse de provocation*, qui peut atténuer la gravité de certains faits, il faut maintenir le principe que les torts de l'un sont indépendants des torts de l'autre.

2° En cas de *condamnation criminelle*, si les deux époux en ont chacun une à leur passif, il est impossible d'admettre que l'un d'eux puisse se plaindre du déshonneur de l'autre. Ils sont dignes de vivre ensemble. — Cette fin de non-recevoir est admise, bien qu'il n'y ait pas de texte.

1206. Cas d'adultère réciproque. — On a quelquefois ajouté un troisième cas aux deux précédents, le cas *d'adultère réciproque*, en tirant un argument de texte de l'art. 336 du Code pénal, d'après lequel quand le mari est lui-même punissable pour adultère, il « perd le droit de *dénoncer* l'adultère de sa femme ». Plusieurs auteurs en ont conclu à tort qu'il ne peut plus *demander le divorce*. Ils font confusion entre la *répression pénale* de l'adultère, qui fait seule l'objet des dispositions du Code pénal, et les *conséquences civiles* de ce délit, telles que la demande en divorce, conséquence dont le Code pénal ne s'occupe pas. De ce que l'adultère n'est plus susceptible d'être puni, il ne s'ensuit pas que le divorce ne puisse plus être demandé.

C. — Connivence dans l'adultère.

1207. Silence du Code. — L'un des époux se plaint d'un adultère commis par l'autre ; il est prouvé qu'il a non seulement toléré, mais favorisé et encouragé l'inconduite de son conjoint. Y a-t-il là une fin de non-recevoir? Le bon sens et l'honnêteté disent oui, mais il n'y a pas de texte et il est de jurisprudence que les fins de non-recevoir sont limitative-

ment énumérées par la loi (ci-dessus, nº 1203). Néanmoins la Cour de Paris a jugé que la connivence de l'époux dans l'adultère de son conjoint le rendait non recevable à demander le divorce (Paris, 18 juill. 1893, D. 93. 2. 471. Comp. DALLOZ, *Suppl.*, vº *Divorce*, nº 402). Comp. C. civ. allemand, art. 1565, al. 2.

D. — Réconciliation des époux.

***1208. Définition.** — La réconciliation est prévue comme fin de non-recevoir par l'art. 244. Quand il y a réconciliation, c'est que l'époux offensé a consenti à *pardonner* : il a oublié les torts de l'autre ; la réconciliation vaut donc *renonciation au droit de demander le divorce.*

Les tribunaux apprécient souverainement les faits d'où peut résulter la réconciliation. Le plus commun et le plus significatif est la *reprise de la vie commune*, quand elle avait été *provisoirement rompue.* Mais le simple fait de sa continuation, s'il n'y a pas eu de rupture, ne constitue pas une fin de non-recevoir (Cass., 11 déc. 1893, D. 94. 1. 341, S. 94. 1. 120. — Comp. Lyon, 4 août 1891, D 92. 2. 219).

***1209. Effets.** — La réconciliation empêche la demande en divorce ou fait tomber la procédure déjà commencée, quand elle se produit au cours de l'instance ; elle produit l'effet d'une amnistie qui efface le passé. Cet effet a lieu même quand la cause de divorce était une condamnation infamante (Toulouse, 7 juill. 1886, S. 86. 2. 209).

La fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des époux est d'ordre public ; elle peut donc être opposée en tout état de cause, et, dans le silence des parties, elle peut être suppléée d'office par le juge (Lyon, 2 mars 1894, D. 94. 2. 468).

1210. Possibilité d'une rétractation. — Les torts pardonnés peuvent revivre, pour ainsi dire, et être repris et allégués comme cause de divorce dans deux cas : 1º si l'époux qui s'en était rendu coupable retombe dans son tort et commet de nouvelles fautes ; ou 2º lorsque des faits anciens et inconnus viennent à se découvrir. Dans les deux cas, ces faits nouveaux ou nouvellement découverts, et qui par suite n'ont pas fait l'objet du pardon accordé, pourront servir de base à une demande de divorce, *alors même qu'ils ne seraient pas suffisants à eux seuls pour la motiver* ; on les joindra aux faits pardonnés, pour les apprécier tous ensemble. C'est en ce sens que doit être entendu l'art. 244, al. 2, d'après lequel l'époux peut demander le divorce « pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande ». Il n'aurait pas besoin de se prévaloir des faits pardonnés, si les faits non compris dans le pardon suffisaient à eux seuls pour faire prononcer le divorce. — Ces combinaisons ne peuvent se présenter que pour les cas de sévices ou d'injures, qui sont sujets à appréciation. Les juges ont en cette matière un pouvoir souverain (Cass., 18 déc. 1894, D. 95. 1. 260 ; Cass., 19 févr. 1895, D. 95. 1. 224).

§ 7. — *De la preuve.*

A. — Preuves permises à titre exceptionnel.

***1211. Production des lettres missives.** — Très souvent, surtout en cas d'adultère, les faits reprochés au défendeur ne peuvent être prouvés que par des lettres missives. En

principe, la correspondance privée est confidentielle et son secret inviolable ; par suite, une lettre ne peut être produite en justice que du consentement de celui qui l'a reçue (ci-dessous, nos 2553 et suiv.). Si l'on appliquait ici les règles ordinaires, il en résulterait que le demandeur en divorce ne pourrait prouver l'adultère de son conjoint au moyen de la correspondance échangée entre l'époux coupable et son complice ; quelques auteurs n'ont pas reculé devant cette conséquence rigoureuse (LAURENT, t. III, nos 201 et suiv.). Mais l'opinion commune est en sens contraire, et la jurisprudence admet une dérogation au principe en faveur du divorce et de la séparation de corps (Cass., 11 juin 1888, D. 90. 1. 12, S. 88. 1. 376 ; Cass., 25 mars 1890, D. 91. 1. 311, S. 90. 1.168 ; Cass., 5 août 1902, D. 02. 1. 492). Toutefois la production d'une lettre missive n'est pas autorisée lorsque celui qui veut s'en servir se l'est procurée d'une manière illicite (Besançon, 30 déc. 1862, D. 63. 2. 63) ou lorsqu'elle est venue entre ses mains par suite d'une erreur (Cass., 2 mai 1875, D. 76. 1. 183).

A ce point de vue les deux époux ne sont pas traités de même (1). La puissance maritale donne au mari un pouvoir particulier sur la personne de la femme, à raison duquel les tribunaux l'autorisent à intercepter la correspondance de sa femme avec son complice (Cass., 15 juill. 1885, D. 86. 1. 145. Comp. Cass. crim., 9 juin 1883, D. 84. 1. 89, S. 85. 1. 137). Cependant le pouvoir d'investigation du mari sur la correspondance de sa femme n'est pas illimité et un tribunal rejette à bon droit du débat des lettres écrites par la femme à une amie et qui sont venues entre ses mains par suite d'un acte déloyal de celle-ci (Cass., 5 févr. 1900, D. 1901. 1. 45, S. 1901. 1.17). Ce dernier arrêt semble marquer un recul de la jurisprudence. Voyez aussi Bruxelles, 19 juin 1909, D. 1911. 2. 28.

Sur la manière dont la femme peut se procurer les lettres écrites par son mari ou à lui adressées, voyez en sens divers, Rouen, 13 nov. 1878, et Bordeaux, 13 janv. 1879, D. 80. 2. 190, S. 80. 2. 108 ; Lyon, 6 mars 1883, D. 85. 2. 191 ; Cass., 25 mars 1890, D. 91. 1. 311 ; Bordeaux, 7 déc. 1894, D. 95. 2. 147.

***1212. Audition des parents, alliés et domestiques.** — Une exception remarquable est faite au droit commun pour la qualité des témoins admis à déposer dans l'enquête. D'après les règles ordinaires, les proches *parents* ou *alliés* des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germains inclusivement, sont tantôt écartés de plein droit (parents et alliés en ligne directe, art. 268 C. proc. civ.), tantôt *reprochables* (art. 283 C. proc. civ.), c'est-à-dire pouvant être écartés sur la demande de l'adversaire. Ils sont suspects comme trop favorables, ou, en cas de brouille de famille, comme trop mal disposés. Il en est de même des *domestiques*. Mais, en matière de divorce, ces personnes sont souvent les seuls témoins possibles des faits de la vie intime sur lesquels la demande se fonde. Si on les avait écartés, on aurait rendu la preuve impossible. Ils seront donc entendus (art. 245, al. 2). On n'excepte que les *descendants*, qui ne sont jamais admis à déposer en justice contre leurs parents : ce serait de leur part manquer à la piété filiale. Les descendants ne sont pas seulement reprochables : ils sont incapables de déposer ; leur témoignage doit donc être rejeté d'office.

B. — Preuves interdites.

***1213. Aveu du défendeur.** — En toute autre matière, l'aveu de la personne accusée d'un fait est considéré comme la meilleure des preuves, ou plutôt il n'y a plus alors de « preuve » à fournir puisqu'il n'y a plus de débat. Cependant, en matière de divorce, l'*aveu du défendeur n'est pas reçu comme preuve.* C'est que son aveu ne lui est pas entièrement défavorable ; il peut désirer le divorce et avouer des torts chimériques pour l'obtenir : or la loi prohibe le divorce *par consentement mutuel* ; elle ne devait donc pas laisser aux époux un moyen indirect de l'obtenir en se chargeant de fautes imaginaires que le prétendu coupable viendrait avouer en justice ; son aveu est suspect, parce qu'il peut être intéressé. — Cepen-

(1) Cette différence entre les deux époux est sujette à controverse. Voyez les observations présentées dans DALLOZ, *Suppl.*, vo Divorce, no 417, et D. 85. 2. 191, et dans le *Sirey*, par M. NAQUET, 1901. 1. 17.

dant, quand il existe d'autres preuves, l'aveu peut être pris en considération (Cass., 29 avril 1862, D. 62. 1. 515, S. 62. 1. 945).

1214. Serment. — Une distinction est nécessaire entre les deux espèces de serment *décisoire* et *supplétoire*. Le serment décisoire **ne peut** être déféré que *pour des faits sur lesquels les parties ont le droit de transiger*. Il n'est donc pas possible d'employer le serment pour établir des faits servant de base à une demande de divorce, la transaction étant ici impossible. Quant au serment supplétoire, la même règle pourrait s'appliquer ; toutefois il y a quelques doutes, parce que ce serment n'est qu'un complément de preuve et ne lie pas le juge (Carpentier, *Traité du divorce*, n° 20).

1215. Télégrammes. — La recherche, dans un bureau télégraphique, de dépêches que l'un des époux prétendrait avoir été expédiées par l'autre serait une mesure illégale qui ne doit pas être ordonnée (Pau, 2 janv. 1888, D. 89. 2. 134, S. 89. 2. 213).

C. — Preuves normales.

1216. Témoignages et présomptions. — Quand la demande se fonde sur des faits purs et simples, tels que des violences, des injures, un adultère, la preuve en est recevable par tous les moyens (Cass., 13 nov. 1889, D. 90. 1. 36, S. 90. 1. 388). — Pour l'adultère, on peut aussi employer le procès-verbal de police dont il a été parlé ci-dessus, n° 513. Quant aux condamnations pénales, elles se prouvent normalement par un certificat du greffier, mais, l'art. 261 ancien qui prescrivait ce mode de preuve ayant été abrogé, la preuve pourrait résulter d'un simple extrait du casier judiciaire.

1217. Preuve de la réconciliation. — Quand le défendeur élève une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, c'est à lui d'en faire la preuve. Cette preuve est possible par tous les moyens, puisqu'il s'agit d'un fait pur et simple ; de plus les raisons qui empêchent de recevoir l'aveu ou le serment, quand il s'agit des faits servant de base à la demande, n'existent plus ici ; on n'a plus à redouter une entente des époux pour obtenir un divorce sans cause réelle, puisque la preuve offerte rendra le divorce impossible.

§ 8. — *Voies de recours.*

A. — Appel.

1218. Comparaison avec le droit commun. — D'après l'art. 248, l'appel en matière de divorce est soumis aux règles du droit commun, notamment en ce qui concerne le *délai* (deux mois), le *point de départ du délai* (signification du jugement), et la façon dont l'appel est *jugé par la Cour en audience ordinaire*. Les affaires relatives à l'état des personnes étaient jadis jugées par les Cours d'appel en audience solennelle (Décr. du 30 mars 1808, art. 22). Ce décret est aujourd'hui abrogé (Décr. 26 nov. 1899).

Sur un seul point, il y a dérogation : *le délai d'appel est suspensif* ; c'est-à-dire que le jugement qui a admis le divorce ne peut pas être transcrit sur les registres de l'état civil tant que l'appel est possible (art. 252, al. 1). De droit commun le délai d'appel ne suspend pas l'exécution des jugements ; c'est seulement l'appel interjeté qui a cet effet.

B. — Pourvoi en cassation.

1219. Effet suspensif du pourvoi. — Le pourvoi en cassation est soumis en principe aux règles ordinaires. Mais, comme pour l'appel, il existe une dérogation remarquable en ce que l'exécution du jugement est suspendue tant que le pourvoi est pendant. De droit commun, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif ; une décision rendue en dernier ressort

peut être exécutée même après que le pourvoi a été formé, de sorte que si cette décision est plus tard cassée, il y aura lieu de revenir sur l'exécution déjà faite ou commencée. Il était impossible d'appliquer ce système au divorce, car, si le jugement qui prononce le divorce avait pu être exécuté malgré le pourvoi, il y aurait pu avoir un nouveau mariage contracté dans l'intervalle par l'un des conjoints, mariage qui se trouverait nul après la cassation de l'arrêt de divorce. De là la disposition finale de l'art. 248 : « *Le pourvoi est suspensif en matière de divorce* et de séparation de corps. »

L'effet suspensif du pourvoi s'applique non seulement à l'arrêt final qui prononce le divorce, mais aussi aux arrêts avant dire droit rendus au cours de l'instance qui peuvent être frappés d'un pourvoi (Cass., 23 nov. 1891, D. 92. 1. 291, S. 92. 1. 18 ; comp. Besançon, 1er juin 1885, D. 86. 2. 64, S. 86. 2. 131.)

1220. Effet suspensif du délai. — La loi n'a pas dit, comme elle l'a fait pour l'appel, que le délai lui-même, donné aux parties pour se pourvoir en cassation, est suspensif avant que le pourvoi soit formé. On l'admet cependant tout au moins en ce qui concerne l'*arrêt final prononçant le divorce*, parce que l'art. 252 n'autorise la réalisation du divorce par la transcription sur les registres de l'état civil qu'après que la sentence est *devenue définitive*, ce qui suppose que le délai du pourvoi est expiré. Mais ce texte est spécial à la décision qui prononce le divorce ; les *arrêts avant faire droit*, rendus au cours de la procédure, peuvent être exécutés même avant l'expiration du délai, tant qu'ils ne sont pas frappés de pourvoi (Cass., 25 juill. 1893, D. 93. 1. 545, S. 94. 1. 89).

C. — Opposition.

***1221. Délais spéciaux.** — Un danger grave se présentait pour le divorce, quand le jugement est rendu *par défaut contre partie* (1) : on pouvait craindre que le défaillant n'ait pas eu connaissance de la demande formée contre lui. On a donc établi des règles particulières : le jugement est signifié à la partie défaillante par un huissier commis par le tribunal, et cette signification fait courir des délais variables qui lui sont donnés pour faire opposition et qui sont différents des délais de droit commun, savoir :

1° *Un mois*, à compter de la signification faite à sa personne ;

2° *Huit mois*, à compter du dernier acte de publicité quand la signification n'a pu être faite à l'époux lui-même (art. 247, al. final). On a redouté que la signification, même déposée au domicile de l'époux, entre les mains d'un domestique ou d'un concierge, ne parvînt pas à son destinataire.

Par ce moyen on a de grandes chances d'empêcher les effets irrévocables qui suivent la prononciation du divorce de se produire à l'insu de l'autre partie.

Ces délais ne sont pas applicables au défaut contre avoué ou *faute de conclure* (Dalloz, *C. civ. annoté*, art. 247, n° 17 et les renvois).

1222. Effet suspensif. — La loi n'attribue pas explicitement l'effet suspensif aux délais de l'opposition, mais cela résulte indirectement de ce que ces délais précèdent nécessairement ceux de l'appel ou du pourvoi en cassation : le délai d'appel ne commence à courir que du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 248, al. 2) ; il en est de même pour le délai du pourvoi en cassation (art. 248, al. 5).

D. — Requête civile.

1223. Sa possibilité. — La requête civile est une voie de recours extraordinaire, dont les causes sont déterminées par l'art. 480 C. proc. civ. Elle est possible même contre un

(1) L'opposition est une voie de recours spéciale contre les décisions rendues *par défaut*. On distingue le défaut *faute de comparaître* ou *défaut contre partie*, quand la partie n'a même pas constitué avoué, et le défaut *faute de conclure* ou *défaut contre avoué*, quand son avoué n'a pas déposé de conclusions en son nom.

divorce déjà exécuté et suivi d'un nouveau mariage ; il y a là un danger grave, qui est heureusement de nature à se présenter rarement, étant données les causes qui ouvrent cette voie de recours.

E. — De l'acquiescement.

1224. Distinction faite par la loi. — On appelle « acquiescement » l'adhésion donnée par une partie à la décision rendue, adhésion qui lui enlève le droit de l'attaquer. La question de savoir si l'acquiescement est possible en matière de divorce était jadis controversée ; la loi du 18 avril 1886 a fait une distinction. Elle a prohibé l'acquiescement au jugement ou à l'arrêt qui prononce le divorce (art. 249), voulant ainsi réserver jusqu'au dernier jour l'exercice d'une voie de recours, qui aura peut-être pour effet d'empêcher le divorce en amenant la réformation de la décision qui l'a admis. Mais elle permet au demandeur d'acquiescer au jugement ou à l'arrêt qui a rejeté la demande en divorce. Dans les deux cas, la solution a été inspirée par le désir de rendre le divorce aussi rare que possible (Nancy, 17 juill. 1891, D. 92. 2. 56, S. 91. 2. 112 ; Nancy, 12 févr. 1903, S. 1903. 1. 189).

F. — Du désistement.

1225. Controverse. — Le désistement est l'abandon volontaire d'une instance introduite devant la justice. Le demandeur en divorce peut sans doute se désister à tout moment de sa demande. Mais voici un cas qui fait difficulté : la demande a été accueillie par le tribunal de première instance qui a prononcé le divorce ; le défendeur fait appel ; peut-il se désister de son appel pendant l'instance devant la Cour? Ce désistement, venant de l'époux qui était primitivement défendeur, produit l'effet d'un acquiescement au divorce. Il y a des décisions en sens contraires (Rouen, 5 janv. 1895, D. 95. 2. 495 ; Paris, 30 nov. 1893, D. 94. 2. 98).

§ 9. — *Exécution du jugement ou arrêt.*

A. — Publicité du divorce.

***1226. Utilité de la publicité.** — Le divorce, en dissolvant le mariage, met fin aux pouvoirs que le mari possédait sur la personne et sur les biens de sa femme, ainsi que sur les biens communs, quand il en existe ; en même temps le divorce rend à la femme son indépendance et sa pleine capacité. Les tiers ont donc le plus grand intérêt à savoir si le divorce a eu lieu et à quelle époque. Cependant le Code civil n'avait ordonné aucune mesure de publicité. Le Code de commerce (art. 57) avait soumis les jugements de divorce ou de séparation de corps aux formalités prescrites par l'art. 872 C. proc. civ., mais ce texte ne s'appliquait qu'au cas où l'un des époux était commerçant. C'est seulement la loi de 1886 (art. 250 C. civ.) qui a établi la publicité d'une manière générale.

1227. Formes. — Cette publicité se fait d'abord par *affiches dans l'auditoire* du tribunal civil et dans celui du tribunal de commerce ainsi que dans les Chambres de notaires et d'avoués ; puis par des *insertions* dans un journal du lieu, et, s'il n'y en a pas dans l'arrondissement, dans un journal du chef-lieu du département.

Cette publicité doit se faire au lieu du domicile du mari (arg. anal. art. 872 C. proc. civ.).

Au cas où les deux époux ont déjà des domiciles séparés dans deux arrondissements distincts, une double publicité serait utile, mais la loi ne l'exige pas.

1228. Délai et sanction. — La loi a négligé de dire qui serait chargé de faire faire ces affiches et insertions, et dans quel délai elles seraient faites. Il est probable qu'elles doivent être requises par l'époux qui a obtenu le divorce et faites immédiatement. D'autre part, l'efficacité du divorce n'est pas subordonnée à l'exécution de ces mesures ; si la publication a été omise, le divorce n'en sera pas moins opposable aux tiers. Enfin on peut remarquer que ce qui est publié, c'est le jugement et non pas le divorce ; car le divorce résulte d'une formalité postérieure au jugement. Les tiers sont donc prévenus d'avance.

B. — Transcription sur les registres de l'état civil.

****1229. Modification de la forme du divorce.** — Le divorce ne résulte pas de plein droit du jugement ou de l'arrêt qui le permet. Le divorce est, comme le mariage, un acte de l'état civil. Il faut donc, après la décision judiciaire, qui en a seulement constaté les causes, une formalité civile qui constituera la rupture du lien conjugal. D'après le Code Napoléon, dont la loi de 1884 avait conservé le système, le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil, comme le mariage et dans les mêmes formes. Il fallait la *comparution personnelle des deux époux* et l'*assistance de quatre témoins*. Cette exigence de la loi, en mettant en présence deux personnes irritées l'une contre l'autre, amenait souvent des scènes, tantôt comiques, tantôt scandaleuses ; les officiers municipaux des grandes villes s'en plaignirent. Averties par ces réclamations, les Chambres profitèrent de la loi de 1886 pour changer la nature de cette formalité. A la prononciation solennelle du divorce par l'officier de l'état civil on a substitué la *simple transcription* du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil. Cette formalité peut se faire sans la présence des deux époux. — On transcrit seulement le *dispositif* du jugement et non ses motifs (art. 251).

***1230. Modification dans la compétence de l'officier civil.** — Par une autre innovation également heureuse, cette transcription doit se faire sur les registres *du lieu où le mariage a été célébré*, de telle sorte que les ex-époux trouveront dans le même endroit la double preuve dont ils ont besoin, celle de leur mariage et celle de leur divorce (art. 251). Avant 1886, on décidait au contraire que l'officier compétent pour prononcer le divorce était celui de la commune dans laquelle le mari était domicilié au début de l'instance. Cependant si le mariage a eu lieu à l'étranger la transcription est faite au lieu du dernier domicile. — Mention du divorce est faite en marge de l'acte de mariage.

****1231. Importance de la transcription à l'état civil.** — La nature de la formalité nécessaire pour rompre le mariage a donc été changée, mais son importance et son rôle sont restés les mêmes. C'est d'elle que résulte le divorce, et non pas du jugement ; il se réalise à la mairie, et non pas au

Palais. De là cette conséquence : si l'un des époux meurt avant qu'elle soit accomplie, il meurt le mariage durant encore, il meurt *marié*, et le divorce est devenu *impossible*. Comp. ci-dessous, nº 1263.

***1232. Fixation du jour de la transcription.** — La loi n'a pas voulu laisser à l'officier de l'état civil le droit de fixer arbitrairement le jour auquel la transcription doit se faire, parce que c'est de ce jour que datera la dissolution du mariage. Elle l'a donc déterminé d'une manière fixe : l'officier doit opérer cette transcription *le cinquième jour à compter de la réquisition* qui lui en est faite par l'un des époux. On ne tient compte ni du jour où la signification est faite, ni des jours fériés. Ainsi une réquisition étant faite un jeudi, le divorce devra être transcrit le mercredi suivant, s'il n'y a pas dans l'intervalle d'autre jour férié que le dimanche ; elle ne peut être ni reculée ni avancée, fût-ce d'un jour (art. 252, al. 2).

C. — Délai pour la réalisation du divorce.

***1233. Sa durée.** — La loi veut que le divorce ait lieu dans un délai assez bref après que la justice a statué. Elle a donné à cet effet aux époux un délai de *deux mois* à compter du jour où la sentence rendue entre eux est *devenue définitive* (art. 252, al. 1). Ce jour est le dernier jour du délai donné pour faire appel, s'il s'agit d'un jugement ; pour se pourvoir en cassation, s'il s'agit d'un arrêt ; et, au cas où le pourvoi aurait été formé, c'est le jour où il a été rejeté qui sert de point de départ. Quand le pourvoi est admis, l'arrêt est cassé et tout est à recommencer.

***1234. Son caractère fatal.** — Il était impossible de laisser aux époux la faculté d'attendre indéfiniment, leur arrêt de divorce en main, et sans le faire transcrire pour le rendre irrévocable. Aussi la loi prononce-t-elle contre eux une *déchéance*, si la transcription n'a pas été requise par eux dans le délai qu'elle leur donne ; le jugement ou l'arrêt qui avait prononcé le divorce sera considéré comme *non avenu*. Les époux ont ainsi un moyen suprême de renoncer au divorce : un léger retard, et tout est effacé (art. 252, al. 4). Ils pourraient cependant recommencer une nouvelle demande fondée sur les mêmes faits (Pau, 19 juin 1900, S. 1901. 2. 34. Comp. Amiens, 1er juill. 1903, D. 1908. 2. 186, S. 1906. 2. 193).

Il faut remarquer que ce qui doit être fait dans le délai de deux mois fixé par la loi, c'est la *réquisition* adressée par les époux à l'officier de l'état civil, et non la *transcription* qui doit être opérée par les soins de celui-ci. Cette transcription pourrait donc avoir lieu quelques jours après l'expiration du délai, si la réquisition avait été faite en temps utile ; cela suffit pour que la déchéance ne soit pas encourue.

1235. Empêchement de force majeure. — La déchéance prononcée par la loi est fondée sur un motif d'ordre public, afin de ne pas laisser trop longtemps l'état des personnes dans l'incertitude, plutôt que sur une présomption de réconciliation entre les époux. D'après la jurisprudence l'époux qui avait demandé le divorce et qui a omis de requérir la transcription dans le délai légal évite la déchéance quand il peut prouver qu'il en a été empêché par une force majeure (Paris, 30 mai 1888, D. 90. 2. 17 ; Amiens, 15 févr. 1905, D. 1908. 2. 186). Comp. Angers, 23 juin 1893, D. 94. 2. 76, S. 93. 2. 164 ; Cass., 5 août 1896, D. 97. 1. 402, S. 97. 1. 129 ; Poitiers, 29 déc. 1913, P. et S. 1914. 2. 185.

1236. Cas d'omission de la transcription. — Si l'officier de l'état civil

néglige ou refuse de transcrire le divorce, bien qu'il en ait été régulièrement requis, son erreur ou sa mauvaise volonté ne peut pas nuire aux époux ; ceux-ci ne doivent pas subir une déchéance par le fait d'autrui après avoir fait tout ce que la loi leur demandait. Seul l'officier de l'état civil encourrait les peines fixées par l'art. 50 (auquel renvoie l'art. 252) (1). Toutefois il semble bien que la transcription en retard ne pourrait plus être opérée qu'en vertu d'un jugement (Avis du Conseil d'État, 12 brumaire an XI, arg. anal.). Voyez cependant Cass., 10 janv. 1912, D. 1912. 1. 257, P. et S. 1912. 1. 303 ; d'après cet arrêt la transcription tardive n'est pas nulle. Voyez aussi Caen, 22 mai 1911, P. et S. 1912. 2. 15 ; Limoges, 7 mars 1913, P. et S. 1913. 2. 273.

***1237. Droit réciproque des deux époux.** — Avant 1886, celui des conjoints qui avait obtenu le divorce à son profit avait seul le droit de le faire prononcer ; il avait ainsi un moyen de ne pas user de sa victoire ; satisfait d'avoir obtenu gain de cause, il pouvait pardonner à son conjoint et reprendre la vie commune. Avec le texte actuel chacun des deux époux est armé du même droit : si celui qui a triomphé ne demande pas la transcription du divorce, l'autre peut la requérir à sa place.

Toutefois, en concédant même à l'époux qui a succombé le droit de requérir la transcription du divorce, la loi de 1886 a néanmoins établi une différence entre lui et son conjoint : la partie qui a obtenu le divorce a seule le droit de faire faire la transcription *pendant le premier mois du délai.* C'est seulement pendant le second mois que ce droit est donné aux deux conjoints concurremment (art. 252, al. 1 et 3).

1238. Pièces à produire. — Si la transcription n'est pas demandée par l'un des époux en personne, son mandataire doit être porteur d'un pouvoir spécial. L'avoué qui l'a représenté dans l'instance n'a pas par cela seul qualité pour requérir la transcription (Nancy, 14 janv. 1888, S. 88. 2. 53). — Quant aux certificats à produire, voyez l'art. 252, al. 1, *in fine.*

CHAPITRE IV

MESURES PROVISOIRES PRISES PENDANT L'INSTANCE

§ 1. — *Généralités.*

1239. Leur objet. — Pendant la durée de l'instance il se produit une demi-rupture entre les époux, un relâchement du lien qui les unit. Il y a donc lieu de prendre immédiatement des mesures provisoires concernant : 1° la *séparation de résidence*, 2° l'*entretien des époux*, 3° la *garde de leurs enfants*, 4° la *conservation de leurs biens.*

***1240. Qui les ordonne.** — D'après les textes primitifs, c'était le tribunal qui, une fois saisi de la demande, statuait sur ces différents points. D'après les nouveaux art. 236 et 238, le magistrat conciliateur peut y pourvoir immédiatement. En effet, dès le jour où la citation en conciliation est lancée, la cohabitation devient pénible pour les époux ; elle peut même avoir ses dangers et il y a urgence à prendre quelques mesures préservatrices pour les époux et pour les enfants. — Si le président n'a pas été appelé à statuer, ces diverses mesures pourront dans la suite être ordonnées par le tribunal (art. 240).

(1) Et encore cela suppose que l'inaction de l'officier de l'état civil n'est pas justifiée par une raison sérieuse. Il a pu refuser d'opérer la transcription à raison d'une différence dans l'orthographe du nom des parties (Angers, 23 juin 1893, D. 94. 2. 76, S. 93. 2. 164).

1241. Leur durée. — On pouvait craindre que l'époux demandeur n'abusât de ces facilités pour obtenir une résidence séparée ou la garde des enfants, et pour s'en tenir là, sans poursuivre ensuite le divorce. Aussi l'art. 238, 8e al., décide que les mesures provisoires ordonnées par le président cessent de plein droit, si le demandeur n'use pas de son permis de citer dans les vingt jours qui suivent celui où il l'a obtenu.

1242. Modifications possibles. — Les mesures prises, soit par le président, soit plus tard par le tribunal, peuvent toujours être modifiées, complétées ou rapportées lorsque les circonstances ont changé ; des faits nouveaux peuvent survenir qui rendent ces modifications désirables. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'al. 5 de l'art. 238 et non comme donnant au tribunal le pouvoir de réformer, comme juge d'appel, les décisions antérieurement prises par son président.

1243. Mesures prises sur référé. — A partir du moment où le tribunal est saisi de la demande, le président perd en principe le pouvoir d'ordonner ces différentes mesures ; le tribunal est seul compétent pour y pourvoir ; la loi n'avait confié cette mission au président que provisoirement, pendant la durée de la tentative de conciliation. Mais le président possède une autre compétence qui lui est propre en sa qualité de *juge des référés :* c'est celle de statuer sur tous les cas qui présentent un caractère d'urgence (C. proc. civ., art. 806 et suiv.). La loi y fait allusion dans l'art. 258, al. 5, en disant que le juge des référés peut « statuer, en tout état de cause, *sur la résidence de la femme* ». La jurisprudence a conclu de ce texte que le président ne pouvait statuer en référé que sur cette seule hypothèse et non sur les autres ; par exemple qu'il ne pouvait pendant l'instance rendre aucune ordonnance sur référé pour la garde des enfants (Pau, 20 août 1887, D. 88. 2. 242, S. 89. 2. 29. Comp. Paris, 21 mars 1891, D. 92. 2. 567). C'est une interprétation restrictive qui n'était commandée par aucun principe.

1244. Voies de recours. — Les diverses décisions en vertu desquelles les mesures provisoires sont ordonnées peuvent-elles être attaquées? On ne peut répondre à cette question que par des distinctions.

1° *Mesures ordonnées par le président en vertu de ses pouvoirs de conciliateur.*

La loi n'a organisé aucune voie de recours contre la première ordonnance qu'il rend en vertu de l'art. 236 pour permettre à l'époux demandeur de citer son conjoint en conciliation devant lui, quoique par cette ordonnance il puisse déjà assigner à la femme un lieu de résidence provisoire. Au contraire la loi admet l'*appel* contre la seconde ordonnance, celle que le président rend après une tentative infructueuse de conciliation (art. 238, al. 5). Cette différence se comprend : à ce moment les mesures prises sont plus importantes et elles peuvent durer autant que l'instance. — L'appel est possible dans le délai fixé par l'art. 809 C. proc. civ., qui est de quinzaine. L'ordonnance est exécutoire par provision, nonobstant l'appel. L'appel est porté devant la Cour d'appel et non devant le tribunal, et il est possible alors même que le tribunal est déjà saisi de la demande en divorce (Cass., 29 juin 1892, D. 92. 1. 553, S. 93. 1. 242).

2° *Mesures ordonnées par le tribunal.* — Aucune dérogation au droit commun n'étant écrite dans les textes, les règles ordinaires devront s'appliquer en tous points.

3° *Mesures ordonnées sur référé par le président.* — Même observation.

§ 2. — *Règles spéciales aux différents cas.*

A. — Séparation de résidence.

***1245. Résidence de la femme.** — Pendant l'instance en divorce, si la femme veut quitter le domicile de son mari, elle ne peut le faire sans autorisation, car elle n'a pas le droit d'avoir une résidence séparée. Le président doit l'autoriser à quitter son mari ; il doit aussi *indiquer le lieu de sa résidence provisoire* (art. 236). Naturellement il tiendra compte du désir de la femme ; ainsi il pourra l'autoriser à se retirer chez ses parents ou dans une famille amie qui consent à la recevoir, mais c'est lui qui choisit et il a pour le faire un pouvoir discrétionnaire.

La résidence fixée par le président est obligatoire pour la femme. Elle doit justifier qu'elle y réside effectivement, toutes les fois qu'elle en est requise (art. 241). A défaut de cette justification, le mari aurait le droit de lui refuser tout secours d'argent. En outre, au cas où la femme serait demanderesse, il aurait le droit de la faire déclarer non recevable à continuer les poursuites commencées. Ce serait toutefois une simple suspension de la procédure et non une déchéance définitive.

La résidence de la femme équivaut pour elle à un domicile provisoire dans ses rapports avec son mari, et c'est là que le mari doit lui notifier les actes de la procédure (Chambéry, 19 juill. 1887, D. 88. 2. 89, S. 90. 2. 217).

Le droit du mari de surveiller la correspondance de sa femme est suspendu (Trib. Sainte-Menehould, 22 mars 1905, D. 1907. 2. 113).

1246. Résidence du mari. — Le Code civil n'avait parlé que de la résidence de la femme, parce que dans les cas ordinaires c'est elle qui veut quitter le domicile conjugal. Il peut arriver cependant que ce soit le mari. Lui aussi ne peut le faire sans autorisation, car s'il se choisit un autre domicile, sa femme a le droit de s'y faire admettre à cause de la communauté de résidence qui est obligatoire entre époux. Le mari doit donc se faire autoriser à avoir une résidence *séparée* (art. 236). Cependant il y a cette différence entre sa femme et lui que le président ne peut pas lui imposer le lieu où il résidera et qu'il est libre d'aller où bon lui semble.

Le départ du mari du domicile commun n'est pas toujours volontaire. Une jurisprudence bien établie autorise le président, et après lui le tribunal, à lui enjoindre d'en sortir, afin d'établir au domicile conjugal la résidence provisoire de la femme. Cela peut présenter une grande utilité, si la femme gère en son nom dans ce lieu un établissement commercial ou industriel auquel le mari est étranger. Ce pouvoir n'est pas accordé aux juges par le texte d'une manière expresse ; il a été seulement indiqué dans l'exposé des motifs de la loi de 1886 et la jurisprudence l'admettait déjà antérieurement pour la séparation de corps (Douai, 6 avril 1853, D. 56. 2. 145 ; Bordeaux, 27 mai 1872, D. 73. 2. 84 ; Cass., 18 janv. 1892, D. 92. 1. 124, S. 92. 1. 68). Toutefois cette mesure ne peut être prise contre le mari sans qu'il ait été appelé à se défendre.

B. — Entretien des époux.

1247. Provision due à la femme. — La vie en ménage ayant cessé, il y aura presque toujours lieu de statuer sur l'entretien provisoire des époux pendant le procès. Presque toujours ce sera la femme qui aura besoin d'une provision alimentaire. En effet, lors même qu'elle a de la fortune, son mari aura souvent l'administration et la jouissance de tous ses revenus en vertu du contrat de mariage ; la séparation de fait qui se produit alors ne met pas fin aux pouvoirs du mari ; les conventions matrimoniales subsistent et les revenus de la femme restent au mari. Le mari est seulement obligé de lui rendre les effets à son usage personnel (art. 238).

1248. Provision due au mari. — La situation contraire peut se présenter. Quand la femme est séparée de biens ou commerçante, ce peut être elle qui a en main toutes les ressources du ménage, si bien que le mari a besoin de secours.

1249. Objet de la provision. — Les sommes qu'il convient d'allouer à l'un ou à l'autre époux, selon les cas, comprennent à la fois ce qui lui est nécessaire pour vivre et l'argent dont il a besoin pour suivre l'instance. C'est donc tout ensemble une provision *alimentaire* et une provision *ad litem*.

Cette provision n'est qu'une *avance* faite par l'un des époux à l'autre ; elle est donc imputable sur ce qui revient à celui-ci lors du règlement final de ses droits (Cass., 22 juill. 1889, D. 90. 1. 421, S. 93. 1. 405 ; Cass., 9 juin 1896, D. 99. 1. 198).

C. — Garde provisoire des enfants.

***1250. Nécessité de mesures spéciales.** — En principe les enfants sont sous la garde du père. Lui seul exerce pendant le mariage la puissance paternelle. C'est donc lui

qui a le droit de les garder pendant le procès, mais diverses circonstances peuvent faire qu'on les lui enlève, soit leur bas âge qui exige les soins maternels, peut-être l'allaitement, soit la brutalité ou la mauvaise conduite du père.

En pareil cas, le président, ou après lui le tribunal, ordonne toutes les mesures nécessaires. Ils peuvent confier les enfants à la mère, ou aux grands-parents ou même à des tiers, par exemple les faire placer dans une salle d'asile ou dans une maison d'éducation. Ces différentes mesures sont prises, soit sur la demande de l'époux défendeur, soit sur celle des divers membres de la famille, qui peuvent les demander individuellement, sans limitation de degré, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office par le tribunal (art. 240).

Le tribunal n'est pas obligé de respecter les conventions que les époux ont pu faire entre eux pour se partager la garde de leurs enfants (Paris, 22 nov. 1892, S. 94. 2. 70). Celui des deux époux qui n'a point obtenu cette garde a néanmoins le droit de surveiller la personne (son conjoint ou un tiers) à laquelle ils ont été confiés, afin de contrôler l'éducation et l'entretien des enfants.

La question des enfants soulève dans la pratique de grosses difficultés. Il arrive souvent que l'un des époux les enlève ou les cache ou refuse de les rendre quand le tribunal le lui ordonne. Les juges emploient alors différents moyens pour l'y contraindre, tantôt la *saisie de ses revenus*, tantôt une *astreinte* (condamnation à des dommages-intérêts à raison de tant par jour de retard) (Cass., 24 mars 1857, S. 57. 1. 267 ; Cass., 18 mars 1878, D. 78. 1. 201, S. 78. 1. 193). Mais la légalité de ces deux procédés est fortement contestée. Une loi du 5 décembre 1901 punit d'un mois à un an de prison et de 16 à 5 000 francs d'amende les père et mère qui n'obéissent pas aux décisions de justice (alinéa ajouté à l'art. 357 C. pén.). Comp. Cass. crim., 18 mai 1905, S. 1905. 1. 253.

D. — Conservation du mobilier.

1251. Apposition des scellés. — Divers dangers sont à craindre de la part du mari, désormais brouillé à mort avec sa femme. Le principal est le *détournement d'objets mobiliers*. Il y est pourvu par l'art. 270 ancien, devenu l'art. 242 nouveau, qui autorise l'apposition des scellés. L'ancien texte n'accordait qu'à la femme le droit de la requérir ; le texte actuel le permet aux deux époux. Dans quelques cas exceptionnels on pourra donc voir apposer les scellés à la requête du mari, mais en fait cela sera rare, car c'est presque toujours le mari qui a le mobilier en sa possession et c'est contre lui, et non contre sa femme, qu'il y a lieu de prendre des précautions.

Lorsque les scellés ont été apposés, chacun des époux peut en demander la levée, et au fur et à mesure de la levée des scellés, le mobilier (objets matériels et valeurs) est *inventorié* et *prisé*. L'époux qui est en possession (ou une autre personne désignée par le tribunal, si on le juge à propos), en est constitué *gardien judiciaire*. Ceci veut dire, quoiqu'on prétende le contraire, que le mari perd le droit d'aliéner et doit représenter en nature tout ce qui a été compris dans l'inventaire.

1252. Autres mesures possibles. — L'ancien art. 270 n'autorisait, pour la conservation du mobilier, pas d'autre mesure que l'apposition des scellés suivie d'inventaire. Le texte actuel cite toujours celle-là, mais à titre d'exemple, et suppose qu'il peut y en avoir d'autres. Ces mesures non prévues par la loi pourraient être des *saisies-arrêts* faites entre les mains des personnes qui doivent de l'argent à la communauté ou à la femme, et le *dépôt* de ces sommes à la Caisse des dépôts et consignations. Les juges sont libres en principe de décider les mesures à prendre. Néanmoins ils ne peuvent aller jusqu'à destituer entièrement le mari de l'administration des biens communs ou des biens dotaux pour nommer à sa place un administrateur provisoire ; les seules mesures possibles sont des précautions de détail, réglementant la gestion du mari (Cass., 26 mars 1889, D. 89. 1. 144, S. 90. 1. 253 ; Bordeaux, 11 janv. 1893, D. 93. 2. 518).

Pour l'explication de l'art. 243, voyez le t. III.

CHAPITRE V

EFFETS DU DIVORCE

1253. Aperçu général. — Les effets du divorce sont nombreux, mais il est facile de s'en faire une idée générale en songeant, d'une part, que le divorce est une *cause de dissolution du mariage* et, d'autre part, que cette dissolution est *due à l'indignité de l'un des époux.* A ces deux idées on peut rattacher tout ce qu'il y a de particulier à dire sur la dissolution d'un mariage par le divorce, en étudiant d'abord l'espèce de *mise en liberté* des époux par la rupture du lien conjugal, et ensuite les diverses *déchéances* que subit l'époux coupable. Un paragraphe spécial sera nécessaire pour déterminer l'époque à laquelle se produisent les divers effets du divorce (§ 2). Enfin il faut s'occuper du *nouveau mariage* que les époux divorcés pourraient contracter entre eux (§ 4).

Ajoutons que la jurisprudence, considérant que les causes de divorce sont toutes des faits illicites qui peuvent causer un *préjudice appréciable* à l'autre conjoint, admet parfois que l'époux coupable peut être condamné à payer à l'autre des *dommages-intérêts* (Montpellier, 10 nov. 1897, D. 99. 2. 15, S. 1901. 2. 137 ; Toulouse, 12 mai 1903, S. 1903. 2. 240 ; Dijon, 27 févr. 1907, S. 1907. 2. 64). Voyez cependant Angers, 25 janv. 1905, S. 1905. 2. 49 ; Trib. Châlons-sur-Marne, 14 avril 1905, S. 1906. 2. 52 ; Caen, 28 févr. 1908, D. 1908. 2. 297, et la note de M. DE LOYNES.

§ 1. — *Effets de la rupture du mariage.*

***1254. Persistance du mariage dans le passé.** — Le divorce détruit le mariage, mais il le détruit sans rétroactivité, et *pour l'avenir seulement* ; le mariage des époux divorcés est dissous ; il n'est pas anéanti dans le passé. En cela, le divorce diffère de l'annulation du mariage. Les deux époux ne sont plus mariés ensemble, mais il reste vrai qu'ils l'ont été.

A. — Indépendance réciproque des époux.

***1255. Suppression de leurs droits et de leurs devoirs.** — Les deux époux deviennent libres et indépendants l'un de l'autre. La femme peut désormais disposer librement de ses biens et s'obliger, si elle est majeure ; le mari a perdu sa *puissance maritale* ; mais les actes faits par la femme avant le divorce sans autorisation restent nuls.

Chacun d'eux cesse de pouvoir faire usage du *nom* de l'autre ; la femme ne peut plus porter le nom de son mari.

Tous leurs *devoirs réciproques* disparaissent.

Le droit que chacun d'eux avait de *succéder* à l'autre s'évanouit.

A la mort du mari, la femme n'aura pas le droit de réclamer la *pension de retraite* que certaines fonctions assurent aux veuves.

***1256. Possibilité de se remarier.** — Chacun d'eux devient libre de contracter un nouveau mariage avec une autre personne. Toutefois il faut tenir compte du délai de dix mois ou *délai de viduité*, qui empêche la femme devenue veuve de se remarier immédiatement, afin d'éviter la confusion de part ou *turbatio sanguinis* (art. 228), également imposé à la femme divorcée par l'art. 296. Mais une loi du 13 juillet 1907, remaniant les art. 296 et 297, a modifié la situation sur deux points pour le cas de divorce, en changeant le point de départ du délai et en le supprimant parfois complètement. Voyez ci-dessus, nº 731.

Lorsque le divorce est *prononcé pour adultère*, l'époux coupable peut maintenant se marier avec son complice (L. 15 décembre 1904). Voyez ci-dessus, nº 736.

***1257. Situation des enfants.** — Le divorce des parents soulève de nombreuses questions relatives aux enfants. Ces différents points seront étudiés à propos de la puissance paternelle, de la garde des enfants, de la tutelle, etc. La loi y touche dans les art. 302-304. Il suffit de dire pour l'instant que le divorce laisse subsister la *puissance paternelle* et peut seulement entraîner quelques modifications dans son exercice.

A plus forte raison, le divorce laisse-t-il intacte la *légitimité* des enfants avec toutes ses conséquences (droit de succéder à leurs parents et à tous les membres de la famille, droit de se succéder les uns aux autres ; obligation alimentaire réciproque entre eux et leurs parents, etc.).

B. — Maintien partiel de l'obligation alimentaire.

1258. Cas où elle persiste. — Aux termes de l'art. 301, si les époux ne se sont fait l'un à l'autre aucun avantage, ou si ceux qui ont été stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut condamner l'autre époux à lui servir une pension alimentaire. Il résulte d'abord de là que cette faveur n'est accordée qu'à l'époux entièrement innocent des torts qui ont amené le divorce. Par conséquent, lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux conjoints, les aliments ne peuvent être accordés à aucun d'eux (Cass., 24 nov. 1886, D. 87. 1. 335, S. 87. 1. 433 ; Cass., 27 janv. 1891, D. 91. 1. 461, S. 91. 1. 72).

1259. Fondement de son maintien. — Le divorce ayant détruit le mariage, aucun des effets du mariage ne devrait plus se produire. Sur quelle idée est fondée cette persistance de l'obligation alimentaire entre deux personnes qui n'ont plus rien de commun? Son fondement se trouve dans un principe déjà signalé plus d'une fois. Quiconque a par sa faute causé un préjudice à autrui est obligé d'indemniser la personne lésée (art. 1382). Tant que le mariage durait, il constituait pour chacun des conjoints une situation acquise, sur laquelle il pouvait compter ; la communauté de vie permettait à l'époux pauvre de participer au bien-être de son conjoint ; brusquement, par la faute de celui-ci, ces ressources lui manquent et il se trouve plongé dans la misère. C'est le cas ou jamais de faire subir au coupable la responsabilité de ses fautes. On voit que cette obligation alimentaire repose sur une idée toute différente de celle de l'art. 212 : ce n'est plus un devoir entre conjoints,

puisqu'il n'y a plus de conjoints, c'est l'obligation de réparer pécuniairement les conséquences d'un acte illicite. Cette obligation après le divorce a donc au plus haut degré le caractère d'une *indemnité;* elle est destinée à restituer au conjoint pauvre un peu des ressources dont il est désormais privé par la faute de l'autre (Rapports de MM. les Conseillers Manau dans S. 88. 1. 433, et Denis dans S. 93. 1. 225; Montpellier, 19 mars 1901, D. 1902. 2. 25 et la note de M. Valéry; Cass., 15 déc. 1909, D. 1911. 1. 25, et la note de M. de Loynes. — Voyez aussi la note de M. Gaudemet, sous Cass. 15 déc. 1909, P. et S. 1912, 1. 315).

1260. Époque à laquelle les aliments peuvent être accordés. — L'art. 301 semble bien supposer que les aliments sont accordés par le tribunal saisi de la demande en divorce, et par le jugement qui accueille cette demande; c'est un point à régler lors de la séparation des époux. Cependant la jurisprudence admet que la formation tardive de la demande, introduite après coup, ne fournit aucune fin de non-recevoir contre l'époux qui réclame des aliments (Cass., 10 mars 1891, D. 91. 1. 175, S. 91. 1. 148). Mais elle décide en même temps que les aliments ne peuvent être dus que si leur cause existait déjà au moment où le lien conjugal a été brisé (Paris, 16 juill. 1888, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 345, note 3, S. 89. 2. 103).

1261. Règles applicables à la pension alimentaire. — En l'absence de règles spéciales établies par la loi, on doit *se référer aux règles du droit commun*, pour la détermination des besoins du demandeur, pour l'objet de la pension, sa quotité, son mode de paiement, etc. Cependant on doit signaler deux *règles spéciales* dont la première seule résulte de la loi, l'autre ayant été établie par la jurisprudence :

1° La pension ne peut excéder *le tiers des revenus* de l'époux qui la doit (art. 301);

2° La dette de l'époux chargé du service de la pension ne s'éteint pas avec lui et passe à ses héritiers jusqu'au décès de l'époux créancier. La jurisprudence a de tout temps donné ce sens à l'art. 301 qu'elle appliquait à la séparation de corps (Cass., 18 juill. 1809, Cass., 12 déc. 1848, D. 52. 5. 20, S. 56. 2. 386, en note; Lyon, 4 juin 1892, D. 93. 2. 32, S. 93. 2. 60).

§ 2. — *Date des effets du divorce.*

***1262. Le principe et l'exception.** — La ligne de démarcation entre le mariage et l'état de liberté qui le suit devrait être *nette*; il se produit une rupture brusque au moment où le divorce s'opère; tous les effets du mariage devraient durer jusque-là et tous devraient cesser à ce moment. Mais ce principe n'est pas vrai d'une manière absolue; la loi a attaché une certaine *rétroactivité* au divorce pour la dissolution de la communauté. Cette rétroactivité spéciale ne peut être étudiée qu'à propos du régime de communauté. Voyez t. III.

***1263. Fixation du moment principal.** — Avant 1886 la situation à cet égard était très claire : le divorce était un acte de l'état civil, comme le mariage; la rupture du mariage se produisait donc *au moment où le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil* (art. 264 anc.); le jugement ou l'arrêt n'était qu'une autorisation de divorcer, après constatation judiciaire d'une cause de divorce.

La loi de 1886 a changé la *forme* du divorce, que l'officier de l'état civil ne « prononce » plus; il se borne à transcrire le jugement sur le registre. A-t-elle changé en même temps la date du divorce? Est-ce désormais le

jugement ou l'arrêt qui l'opère, sauf réalisation ultérieure de la condition de publicité? On pourrait le croire à la lecture des textes nouveaux. La loi de 1886 répète à plusieurs reprises (art. 247, al. 2; art. 249; art. 250, al. 1) que le tribunal « prononce » le divorce, tandis que la rédaction primitive disait qu'il l' « admet » (art. 259 et 260 anc.) ou qu'il l' « autorise » (art. 264 anc.). Quelques décisions judiciaires avaient accueilli cette idée (Limoges, 26 nov. 1887, D. 89. 2. 40, S. 89. 2. 129; Trib. Versailles, 14 août 1889, S. 90, 2. 95). L'opinion contraire a pourtant triomphé (Alger, 6 juill. 1892, D. 93. 2. 366, S. 93. 2. 275; Cass., 18 avril 1893, D. 94. 1. 67, S. 94. 1. 5; Paris, 13 déc. 1895, D. 96. 2. 418), et c'est elle qui est exacte. Il est certain qu'en modifiant la formalité accomplie à l'état civil, le législateur n'a entendu en changer que la forme et non les effets : c'est toujours elle qui opère le divorce, elle qui donne la date de la dissolution du mariage (exposé des motifs, Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 56, note 33; séance du Sénat du 12 déc. 1885, *Journal officiel* du 13, débats parlem., p. 1295). C'est parce qu'on voulait maintenir cet effet à la formalité de la transcription qu'on a obligé l'officier de l'état civil à la faire à jour fixe, afin de ne pas laisser dans l'incertitude la situation des époux. De plus l'art. 244, al. 3, dit que le jugement ou arrêt de divorce est non avenu lorsque l'un des époux vient à mourir après qu'il a été rendu, mais avant qu'il ne soit transcrit; cela suppose bien que le divorce n'est pas encore opéré, car il n'y aurait aucune raison pour le rendre caduc, s'il résultait directement de la décision judiciaire. Comp. Massigli, *Revue critique*, 1890, p. 453 et suiv.

1264. Conséquences. — La transcription faite sur les registres de l'état civil opérant dissolution du mariage sans effet rétroactif, il en résulte les conséquences suivantes :

1° L'*incapacité de la femme* subsiste après le jugement ou l'arrêt jusqu'à la transcription. Ainsi, si elle veut faire une *donation* à ses enfants, elle a besoin d'autorisation, et la donation non autorisée serait nulle (Cass., 18 avril 1893 précité). Il en est de même pour tout autre acte qui excède sa capacité (Alger, 6 juill. 1892 précité);

2° Le *devoir de fidélité* subsiste. Les relations que l'un des époux aurait avec une autre personne entre l'arrêt et sa transcription constituent le délit d'adultère et sont punissables (Riom, 5 avril 1892, S. 92. 2. 112);

3° Le *devoir d'assistance* subsiste également (Grenoble, 10 févr. 1903, S. 1904. 2. 243);

4° Le délai de 300 jours établi par l'art. 315 pour la légitimité des enfants nés après la dissolution du mariage court seulement du jour de la transcription (Nancy, 25 mai 1907, D. 1910. 2. 23, S. 1908. 2. 269).

Quant au délai de dix mois, dit *délai de viduité*, il avait jadis le même point de départ, mais il se trouve maintenant abrégé par la loi du 13 juillet 1907 (ci-dessus, n° 731). Cette loi crée ainsi un désaccord entre les art. 295 et 296 et l'art. 315.

§ 3. — *Déchéances résultant du divorce.*

***1265. Motif de ces déchéances.** — Lorsque la justice est obligée de rompre un mariage par le divorce, c'est toujours parce qu'il y a des fautes

commises, au moins par l'un des époux. On comprend donc que cette cause de dissolution ne se produise pas avec une innocuité parfaite, et que la loi se montre sévère contre l'époux coupable en lui faisant subir quelques déchéances. Ces déchéances portent sur deux points : 1° La *perte des avantages matrimoniaux* ; 2° la *restriction de la puissance paternelle* (1).

***1266. Effet de la réciprocité des torts.** — Lorsqu'un seul des deux époux est coupable, la situation qui leur est faite est inégale, l'époux innocent ne perdant aucun de ses droits. Lorsque, tous les deux étant coupables, le divorce est prononcé sur la demande de chacun d'eux, ce système de déchéances s'applique à l'un comme à l'autre, et par cette réciprocité de traitement l'égalité se trouve rétablie aux dépens de tous deux. De là la grande importance qui s'attache aux demandes reconventionnelles par lesquelles le défendeur demande que le divorce soit prononcé à son profit et aux torts de son conjoint.

A. — Perte des avantages matrimoniaux.

***1267. Textes établissant cette déchéance.** — En principe les conventions contenues dans le contrat de mariage doivent être suivies pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux divorcés. Cependant ces conventions subissent une sorte de mutilation ; l'époux coupable perd tous les *avantages* que lui avaient faits son conjoint, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage (art. 299). L'art. 300, pour mieux marquer la pensée de la loi et pour couper court à un doute qui aurait pu se présenter, dit : « L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, *encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu.* »

***1268. Avantages compris dans la déchéance.** — Quels sont ces « avantages » frappés de caducité par l'art. 299? Ce sont :

1° Les *donations* proprement dites, qui sont très fréquentes entre époux et qui se font soit dans le contrat de mariage, soit après le mariage par acte séparé ;

2° Les *avantages nuptiaux* (gains de survie et autres). Sous le régime de communauté, chacun d'eux doit en principe prendre lors du partage la moitié des biens communs, mais diverses clauses permettent à l'un d'eux de prendre plus, soit au moyen d'un *préciput* (art. 1515 et suiv.), soit au moyen d'un *partage inégal* (art. 1520 et suiv.) : ces clauses constituent un « avantage » dont le divorce fait perdre le bénéfice. La loi a prononcé expressément la perte du droit au préciput (art. 1518), et il y a lieu de donner la même solution pour les autres clauses qui attribuent à l'un des époux pour le partage une part plus fort que la moitié.

1269. Avantages non sujets à déchéance. — Il y a d'autres profits que l'on peut retirer du régime de communauté : sous ce régime, le mobilier des deux époux se confond,

(1) Il ne faut pas assimiler à ces déchéances la perte du *droit de succession* établi par l'art. 767 au profit du conjoint non divorcé qui survit à l'autre, ni celle du *droit de jouissance* accordé par l'article 1er de la loi du 14 juillet 1866 au conjoint survivant d'un *auteur, compositeur* ou *artiste* sur les œuvres du prédécédé, ni enfin l'impossibilité où se trouvera la femme divorcée d'obtenir la *pension* que la loi attribue souvent aux veuves des *militaires, fonctionnaires* ou *employés*. Sans doute ces différents droits sont perdus par l'effet du divorce, mais non pas à titre de déchéance : c'est la conséquence de la perte de la *qualité de conjoint*. Pour recueillir ces divers bénéfices il faut avoir cette qualité au jour du décès du prémourant, car ils ne sont accordés qu'au *conjoint*; or l'époux divorcé ne l'est plus. Il suit de là que ces divers droits sont perdus aussi bien pour l'époux innocent que pour le coupable.

et chacun en prendra plus tard la moitié ; il en résulte que, si l'un d'eux a apporté en se mariant moins de meubles que l'autre, il réalise un bénéfice. Mais il n'y a là aucun « avantage » fait par l'un des époux à l'autre ; c'est l'effet normal de l'adoption du régime de communauté, et la loi n'a entendu frapper de déchéance à la suite du divorce que les conventions dérogatoires au droit commun, qui marquent chez l'autre époux un désir de libéralité. Voyez cependant, pour un cas extrême, Cass., 3 avril 1843, S. 43. 1. 289 ; comp. DALLOZ, *Suppl.*, v° Divorce, n° 573.

D'autre part, la déchéance frappe uniquement les libéralités faites au coupable *par son conjoint* (art. 299). Le divorce laisse donc subsister les donations faites par des tiers. Si l'époux donataire a manqué à ses devoirs envers son conjoint, il n'a pas par cela seul commis d'ingratitude envers le tiers donateur.

***1270. Comparaison avec la révocation des donations pour ingratitude.** — On a souvent comparé cette perte des avantages matrimoniaux à la suite d'un divorce à la révocation des donations pour ingratitude ; on a même été jusqu'à dire que c'en était un cas particulier. Sans doute il y a bien une idée commune dans les deux théories, qui est de priver un ingrat ou un indigne d'une libéralité qui lui avait été faite, mais l'art. 299 diffère profondément de l'art. 955. D'abord, il ne s'applique pas uniquement aux donations proprement dites, puisqu'il frappe aussi les avantages nuptiaux, c'est-à-dire des clauses qui, ni pour le fond ni pour la forme, ne sont considérées comme des libéralités et qui ne seraient point révocables pour ingratitude. Il dépasse donc singulièrement le principe dont on prétend qu'il est l'application. — De plus, il produit son effet de *plein droit* ; la déchéance est prononcée par la loi elle-même : « l'époux perdra... », dit l'art. 299, tandis que contre les donataires ingrats il faut toujours demander au tribunal la révocation qui ne se produit que *par sentence judiciaire*.

***1271. Effet relatif de la déchéance.** — La privation des avantages matrimoniaux, comme la révocation des donations pour ingratitude, est une *pénalité* civile frappant l'époux qui porte la responsabilité morale du divorce. Il faut tirer de là cette conclusion que la déchéance doit frapper le coupable seul et non les tiers. Donc si l'époux donataire a pendant le mariage consenti des droits à un tiers sur la chose à lui donnée par son conjoint, par exemple s'il l'a vendue, grevée d'hypothèques ou de servitudes, les droits acquis à l'acheteur, aux créanciers, aux voisins, subsisteront malgré la révocation des droits du donataire. C'est ce qui se passe pour les donations révoquées pour ingratitude. Seulement, entre les époux, ce tempérament protecteur des tiers n'aura pas souvent l'occasion de s'appliquer, parce que les avantages que l'un des conjoints fait à l'autre ne sont presque jamais susceptibles de se réaliser avant la dissolution du mariage ; la plupart sont des *gains de survie*, qui ne sont recueillis par l'un d'eux qu'après la mort de l'autre. Le donataire n'en peut donc pas disposer pendant le mariage pour concéder sur eux des droits à des tiers.

1272. Utilité de la déchéance pour les donations révocables. — La plupart des avantages entre époux sont irrévocables comme faisant partie des conventions matrimoniales. Si la loi ne les déclarait pas perdus, ils resteraient intacts, et il serait impossible au conjoint qui les a consentis de les enlever à l'autre. Au contraire les *donations faites pendant le mariage* sont essentiellement révocables (art. 1096). Pour elles, la déchéance est beaucoup moins utile, puisqu'il dépend du conjoint offensé d'en enlever le bénéfice à l'autre, elle dispense seulement de révoquer la libéralité d'une manière expresse ; la loi le fait d'office (1).

***1273. Moment où s'opère la déchéance.** — La déchéance se produit *au moment où le divorce est prononcé* (art. 299). La rédaction de cet article a été modifiée en 1884, pour faire disparaître une incertitude qui naissait de son texte primitif : on se demandait si la déchéance était encourue dès le moment où était rendue la décision judiciaire admettant le divorce ou seulement du jour de sa prononciation par l'officier de l'état civil. Il n'y a

(1) La révocabilité des donations entre époux fait que l'époux innocent lui-même est à peu près sûr de perdre celles qu'il a pu recevoir. En effet, quoique la loi ne les révoque pas d'office, il doit s'attendre à les voir révoquer par son ex-conjoint.

plus de doute aujourd'hui : la déchéance a lieu à la date de la transcription du divorce sur les registres de l'état civil. On en conclut que si l'un des époux venait à mourir avant que cette transcription ait été opérée, la déchéance ne serait pas encourue, puisque la réalisation du divorce est désormais impossible. Mais on peut alors recourir aux art. 955 et suiv. et révoquer la donation pour ingratitude (Lyon, 11 août 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 2. Suppl. 78).

***1274. Mode d'action de la déchéance.** — La déchéance a lieu *de plein droit.* C'est la loi qui l'opère : il n'est besoin d'aucune déclaration ou formalité (Cass., 17 juin 1845, D. 45. 1. 415, S. 46. 1. 52). Il en résulte que les aliénations ou les constitutions de droits réels consenties par l'époux coupable après la transcription du divorce sont nulles comme étant faites par un non-propriétaire.

B. — Amoindrissement de la puissance paternelle.

***1275. Motif.** — Les causes qui justifient le divorce impliquent la dépravation morale de l'un au moins des époux. Il n'est que juste de le traiter aussi comme indigne en sa qualité de père et de mère.

***1276. A qui sont confiés les enfants.** — La première chose à faire est d'enlever les enfants à l'époux coupable pour les soustraire à son influence qui pourrait être pernicieuse. Aussi l'art. 302 décide-t-il que les enfants doivent être *confiés à l'époux qui a obtenu le divorce.*

Toutefois ce n'est pas là une règle absolue, et le même article réserve aux tribunaux le droit d'ordonner qu'ils seront laissés à l'autre époux, quoique coupable, ou qu'ils seront remis à une tierce personne. Les juges sont donc libres de décider ce que bon leur semble, dans l'intérêt des enfants. Ils pourront par exemple donner les garçons au père et les filles à la mère, ou confier à celle-ci les enfants en bas âge qui ont besoin de soins maternels et qu'elle allaite peut-être encore (Cass., 5 juill. 1909, P. et S. 1909. 1. 576). On voit souvent le tribunal ordonner que les enfants seront placés dans une maison d'éducation désignée par lui, régler la façon dont les parents pourront les voir et distribuer entre eux le temps des vacances (Cass., 27 janv. 1904, S. 1906. 1. 309 ; Cass., 27 janv. 1908, D. 1908. 1. 155, P. et S. 1908. 1. 510). La Cour de cassation reconnaît même aux tribunaux le pouvoir d'interdire complètement au père ou à la mère de voir son enfant (Cass., 7 mai 1900, D. 1901. 1. 452, P. 1901. 1. 279.

1277. Qui peut provoquer ces mesures. — Ces mesures peuvent être prises sur la demande, soit de la famille, soit du ministère public (art. 302). La « famille » désigne les membres de la famille considérés individuellement, et non le conseil de famille, qui n'existe pas (Cass., 28 févr. 1893, D. 93. 1. 279). Parmi eux il faut comprendre en première ligne les parents eux-mêmes (Trib. Seine, 27 janv. 1886, S. 88. 2. 129 ; Paris, solut. implicite, 19 juill. 1886, *ibid.* et D. 87. 2. 211).

***1278. Révocabilité perpétuelle des mesures prises.** — Quelles qu'elles soient, les mesures ordonnées sont toujours révocables et susceptibles d'être modifiées suivant les circonstances, sur la demande des mêmes personnes. Par exemple, lorsque des enfants en bas âge ont été laissés à la mère malgré sa faute, parce qu'ils ne pouvaient se passer de ses soins, le père peut demander qu'ils lui soient rendus dès qu'ils auront grandi ou si de nouvelles raisons surgissent pour les enlever à la mère (Cass., 1er août 1883, D. 85. 1. 206, S. 84. 1. 116 ; Cass., 3 juill. 1893, D. 94. 1. 23, S. 93. 1. 424).

C'est au tribunal qui a rendu un jugement qu'il appartient de connaître de son exécution (art. 372 et 554 C. proc. civ.). Par conséquent le changement à apporter aux mesures primitivement ordonnées devra être demandé au tribunal qui a rendu le jugement, lors même que le domicile des parents ou des enfants aurait été depuis transporté dans un autre ressort (Orléans, 8 janv. 1885, D. 86, 2. 83, S. 85. 2. 45).

***1279. Droit de surveillance concédé aux parents.** — La perte du droit de diriger l'éducation des enfants entraîne comme conséquence la perte du droit de *correction* (art. 375 et suiv.) qui n'en est que la sanction. Le parent déchu conserve seulement le droit de *sur-*

veiller l'éducation de ses enfants (art. 303). Ce droit de surveillance ne lui confère du reste aucun pouvoir direct sur eux. Il peut seulement, le cas échéant, s'adresser au tribunal pour lui demander de modifier les mesures prises précédemment par lui, par exemple de retirer la garde des enfants à la personne qui en est chargée.

1280. Contribution aux frais. — Le parent privé du droit d'élever et de faire instruire ses enfants à sa guise n'est pas pour cela déchargé de son *devoir d'éducation.* On lui enlève le pouvoir de diriger ses enfants, on lui retire toute influence sur eux, mais on ne le dispense pas de *payer* : il reste tenu, d'après l'art. 303, de contribuer, à proportion de ses facultés, aux frais d'éducation et d'entretien.

1281. Perte de la jouissance légale. — Ce n'est pas seulement le droit de diriger l'éducation qui est perdu pour l'époux coupable ; il subit encore une autre déchéance dont il n'est pas parlé, il est vrai, au titre « du divorce » : d'après l'art. 386, il perd le droit de *jouissance légale.*

***1282. Ce qui reste de la puissance paternelle.** — Les déchéances attachées de plein droit par la loi aux fautes qui ont amené le divorce s'arrêtent aux points indiqués plus haut. La puissance paternelle est amoindrie ; elle n'est pas détruite. Le législateur a pourvu au plus pressé ; il a voulu soustraire les enfants à la contagion du mauvais exemple, et c'est tout. Les père et mère conservent donc le droit de donner à leur enfant les consentements assez nombreux dont il a besoin pour se marier, pour se donner en adoption, pour se soumettre à la tutelle officieuse, pour s'engager dans l'armée ; le père conserve son pouvoir d'administration légale ; le droit d'être tuteur, de nommer un conseil à la mère survivante et tutrice, ou de désigner le tuteur quand il meurt le dernier ; enfin le droit d'émanciper l'enfant.

1283. Possibilité d'une déchéance complète. — Outre la *déchéance légale* il faut tenir compte du système de *déchéance par autorité de justice* introduit par la loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés. Cette loi autorise les tribunaux à enlever aux parents tous leurs droits lorsque « par leur inconduite notoire et scandaleuse » ils compromettent soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants (art. 2, 6°). Les faits qui justifient le divorce peuvent donc entraîner dans les cas graves une déchéance entière de la puissance paternelle, et cette dernière, quand elle aura lieu, absorbera les déchéances incomplètes établies par les art. 302-303 et 386.

§ 4. — *Nouveau mariage entre époux divorcés.*

***1284. Changement dans la législation.** — Les deux époux séparés par le divorce peuvent-ils se réunir à nouveau? Le Code civil primitif ne le leur permettait pas : « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir » (art. 295). En 1884, cette disposition a paru trop sévère, et on a autorisé la reconstitution du ménage divorcé, sauf dans un cas exceptionnel (ci-dessous, n° 1288).

***1285. Nécessité d'une seconde célébration.** — Pour rétablir leur union une simple réconciliation de fait ne suffirait pas. Elle suffit au cas de séparation de corps, parce que cette séparation laisse subsister le mariage ; mais le divorce l'a détruit. Une nouvelle célébration du mariage est donc nécessaire, et la nouvelle union ne produira ses effets que de ce jour, *sans rétroactivité.*

***1286. Indissolubilité du nouveau mariage.** — Ce second mariage est soumis d'ailleurs à un régime exceptionnel : il n'est pas susceptible de se rompre par un *nouveau divorce*, pour quelque cause que ce soit, excepté au cas de condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante prononcée depuis leur réunion (art. 295). Cette sévérité particulière de la loi est justifiée : les époux se connaissent ; ils savent ce qu'ils font en se reprenant ; il ne faut pas qu'ils puissent plagier Marivaux en jouant entre eux aux « Jeux de l'amour et du divorce ». — Remarquez que la prohibition du divorce n'empêche pas la

séparation de corps d'être prononcée, mais cette séparation n'est pas convertible en divorce (voyez ci-dessous, nº 1348).

***1287. Rétablissement du régime nuptial primitif.** — Les époux ne peuvent pas adopter de *conventions matrimoniales* autres que les premières (même art.). Sans cette précaution le divorce aurait pu être un moyen de changer de régime aux dépens des tiers. Or les conventions matrimoniales sont immuables : « Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage » (art. 1395). Il faut donc empêcher les époux de substituer, au moyen d'un divorce suivi d'un nouveau mariage, un régime matrimonial à un autre, en faisant avant leur seconde union un nouveau contrat de mariage différent du premier. Les tiers qui traiteraient ensuite avec eux et qui les auraient connus avant cette modification pourraient être trompés.

1288. Cas où le mariage entre époux divorcés est impossible. — La faculté que la loi leur laisse de se remarier ensemble leur est du reste retirée dans un cas particulier. Si pendant la durée de leur divorce, l'un d'eux *a contracté avec une tierce personne un second mariage terminé lui aussi par un divorce*, on ne lui permet pas d'épouser à nouveau son premier conjoint. C'est à ce cas unique que se réduit désormais l'ancienne interdiction prononcée d'une manière générale par l'art. 295 primitif entre conjoints divorcés. C'est une concession faite aux partisans du maintien de cette prohibition, mais elle est de nature à trouver rarement son application, car elle suppose une combinaison de circonstances difficile à réaliser. On peut même se demander si l'on n'eût pas mieux fait de laisser cet amateur de divorces s'emprisonner lui-même dans un mariage indissoluble. Comp. ci-dessus, nº 737.

IV. — La séparation de corps.

1289. Bibliographie. — Massol, *De la séparation de corps*, 2e édit., 1875, 1 vol. — H. Coulon, *La séparation de corps et le divorce*, 1890-1897, 5 vol. — K. Zarzycki, *Le divorce et la séparation de corps comparés dans leurs causes*, thèse, Paris, 1903. — Albert Tissier, *Revue critique*, 1901, p. 577 et suiv.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS ET HISTOIRE

****1290. Définition.** — La séparation de corps est l'*état de deux époux qui ont été dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble.*

La séparation de corps diffère du divorce en ce qu'elle ne rompt pas le mariage ; elle en relâche seulement les liens. Les deux époux restent mariés, mais vivent séparément. Toutes les obligations nées du mariage subsistent, excepté celles qui se rattachent à la vie commune.

***1291. Origine canonique.** — La séparation n'est pas autre chose que le divorce antique amoindri dans ses effets par le droit canonique, qui défendait aux époux désunis de contracter mariage avec d'autres personnes. Ce n'est donc pas une institution nouvelle, mais la transformation d'une institution antérieure : chaque époux ne pouvant plus se

remarier du vivant de l'autre, le divorce se réduisait à une simple *séparation d'habitation* (divortium quoad torum et mensam). On reconnut de bonne heure qu'un divorce qui ne rendait pas aux époux le droit de se remarier laissait en réalité subsister leur union. Pierre Lombard disait déjà que les époux étaient séparés « corporaliter », mais non pas « sacramentaliter » : « Manet enim vinculum conjugale inter eos » (Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 87, note 3).

***1292. Forme judiciaire.** — Un autre changement se produisit. Tandis que le divorce antique résultait de la seule volonté des époux, la séparation canonique devait être prononcée en justice, et naturellement la juridiction compétente était celle de l'Église. Cette règle fut établie de très bonne heure ; le concile d'Agde, de 506, la suppose déjà existante (Can. XXV, Bruns, t. II, p. 151). Elle était fondée sur la nécessité de vérifier l'existence d'une cause de répudiation reconnue par l'Église. Depuis lors cette règle a toujours été observée et s'étendit au véritable divorce, quand il fut rétabli, sauf le retour de la compétence aux juridictions civiles.

1293. La séparation de corps avant la Révolution. — Dans notre ancien droit la femme seule pouvait demander la séparation. C'était de cette façon que la loi la protégeait contre la force brutale ou contre les abus de l'autorité de son mari. Les causes qui lui permettaient d'agir n'étaient pas déterminées ; elles étaient laissées à l'arbitrage et à la prudence des juges (Pothier, *Mariage*, n° 508). Le motif le plus ordinaire était tiré des mauvais traitements que les maris exerçaient sur leurs femmes. Or, faisait remarquer Pothier, un coup de poing n'a pas la même valeur entre gens du bas peuple qu'entre personnes de condition honnête. — Quant au mari, comme il a la force et l'autorité, on n'avait pas jugé utile de le protéger de la même manière. Aussi lui refusait-on le droit de demander la séparation, si ce n'est en cas d'adultère de sa femme (Pothier, n° 525). Il pouvait alors intenter contre elle une action criminelle qui aboutissait à la faire enfermer dans un monastère, par application d'une Novelle de Justinien. Au bout de deux ans, si son mari ne consentait pas à la reprendre et à la recevoir chez lui, elle était rasée et restait au couvent toute sa vie. On la déclarait en même temps déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales.

***1294. La séparation depuis 1792.** — Lorsque l'Assemblée législative rétablit le divorce, elle abolit en même temps la séparation de corps. On ne concevait alors la réforme à faire que comme la suppression pure et simple du principe de l'indissolubilité introduit dans la législation de l'Église. On s'aperçut ensuite que ce système unitaire portait atteinte aux croyances religieuses des catholiques et qu'on les plaçait, comme le disait Portalis, entre leur désespoir et leur conscience. Il n'était que juste de laisser à leur disposition dans ces situations pénibles un remède compatible avec leur foi. Ainsi se fit jour l'idée de donner le choix aux particuliers entre le divorce et la séparation de corps, qu'on appela pour cette raison « le divorce des catholiques ». Cependant le projet de Code civil ne la rétablissait pas ; comme la loi de 1792, il n'admettait que le divorce. Ce fut seulement le Conseil d'État qui la fit introduire dans le texte. — Il n'a jamais été question de la supprimer depuis. Rappelons que de 1816 à 1884 elle a existé seule.

Après le rétablissement du divorce, le nombre des séparations a commencé par diminuer ; puis, sous l'influence de la loi du 6 février 1893 (ci-dessous, n°s 1322 et 1323), qui a amélioré la situation de la femme séparée de corps, il s'est beaucoup relevé : de 1694 en 1888, elles ont passé progressivement à 3 018 en 1901 et à 2 967 en 1902 (*Officiel* du 2 avril 1905, Rapport du garde des sceaux).

1295. Législation allemande. — En Allemagne une loi d'Empire, du 6 février 1875, applicable à l'Alsace-Lorraine, et qui fait partie du système de lutte engagée à cette époque en Allemagne par le pouvoir civil contre l'Église, a supprimé la séparation de corps perpétuelle (art. 77. — *Annuaire de Législation étrangère*, t. V, p. 215).

1296. État des textes. — Les auteurs du Code avaient traité longuement du divorce dans quatre chapitres, qui contenaient 77 articles. Quand ils se décidèrent à rétablir la séparation de corps, ils lui consacrèrent le chapitre v, qui ne contient que six articles, et comme deux d'entre eux, les art. 308 et 309, ont été abrogés en 1884, il n'en reste plus que quatre. Un tel laconisme a fait naître de graves difficultés. Il est évident que si les rédacteurs de la loi ont été si brefs sur la séparation de corps, c'est qu'ils l'ont considérée comme une institution subsidiaire, admise dans la loi pour remplacer le divorce, à l'usage des catholiques. On doit donc compléter le chapitre de la séparation de corps en lui étendant autant que possible les règles du divorce, et l'on peut formuler la règle d'interprétation suivante : « Les règles du divorce doivent être étendues à la séparation de corps toutes les fois que leur application n'est pas empêchée par les principes généraux, par la nature de la séparation de corps, ou par une disposition expresse ou implicite de la loi. » Lorsqu'on a supprimé le divorce en 1816, on n'a pas abrogé les articles du Code qui s'y rapportaient, on a dit simplement « le divorce est *aboli* ». Aussi ces articles ont-ils été maintenus dans l'édition officielle du Code qui fut donnée la même année. Inapplicables au divorce qui n'existait plus, ils avaient conservé leur valeur pour la séparation (1).

CHAPITRE II

CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS

§ 1. — *Indication des causes de la séparation.*

****1297. Exclusion du consentement mutuel.** — La séparation de corps n'a jamais été permise par consentement mutuel. Le Code Napoléon lui-même ne la permettait que pour cause déterminée. L'article 306 disait : « Dans les cas où il y a lieu à divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » Depuis 1884, le divorce lui-même ne peut plus avoir lieu par consentement mutuel, et l'article nouveau se trouve ainsi rédigé : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, il sera libre... »

Pour la même raison on avait supprimé en 1884, à la fin de l'art. 307, les mots : « Elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. » Les auteurs de la loi de 1886 se servaient probablement d'une édition du Code antérieure à 1884, car ils ont rétabli ces mots sans aucune nécessité.

***1298. Identité des causes de divorce et de séparation.** — Il y a donc identité entre les causes du divorce et celles de la séparation, et il suffit de se reporter à ce qui a été dit plus haut pour l'explication des art. 229 à 232 (nos 1157 à 1175). L'intention du législateur a été de laisser l'option au demandeur entre les deux voies : les faits qui servent de cause à la demande sont les mêmes ; la solution dépend de sa foi religieuse et du désir

(1) C'est ce qui fait qu'un grand nombre de décisions judiciaires rendues de 1816 à 1884, à propos de la séparation de corps, mais pour des textes considérés comme communs aux deux institutions, peuvent être citées aujourd'hui à propos du divorce.

qu'il peut avoir de reconquérir sa liberté ; c'est pour respecter l'une et l'autre qu'on lui donne le choix.

1299. Suppression d'une différence entre la séparation et le divorce. — Avant 1908, la jurisprudence, s'appuyant sur des considérations très sérieuses, se montrait souvent plus facile pour prononcer la séparation de corps que pour admettre le divorce, toutes les fois que la demande ne s'appuyait pas sur une cause péremptoire comme l'adultère (Cass., 12 août 1885, D. 86. 1. 355, S. 86. 1. 193 ; Cass., 11 janv. 1887, D. 87. 1. 334, S. 88. 1. 374 ; Cass., 8 janv. 1900, P. 1901. 1. 97. Décisions nombreuses : Dalloz, *Suppl.*, v° Divorce, n° 694). Pour plus de détails voyez les précédentes éditions du présent *Traité*, t. I, n° 1299, et Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 689. — Cette différence est supprimée par la loi du 6 juin 1908, qui rend obligatoire pour les juges la conversion de la séparation en divorce, demandée par l'un des époux.

§ 2. — *Du choix à faire entre la séparation et le divorce.*

1300. A qui ce choix appartient. — L'époux qui se plaint de son conjoint possède un droit d'option : il peut, à son choix, demander le divorce ou la séparation ; c'est lui, et non le tribunal, qui apprécie l'opportunité de l'une ou de l'autre. S'il pense que le temps amènera son conjoint à résipiscence, il pourra se contenter d'abord de la séparation, sauf à demander plus tard, comme il en a le droit, la conversion de la séparation en divorce, si son espoir s'est évanoui.

1301. Possibilité de changer l'objet de la demande. — L'époux demandeur peut-il changer d'avis pendant le procès et, après avoir demandé l'un, modifier ses conclusions pour demander l'autre? Avant la réforme de procédure opérée en 1886 un pareil changement ne pouvait se faire par simple modification de conclusions ; au fond il était bien permis, mais au prix d'un long détour. Les procédures du divorce et de la séparation étaient si différentes qu'il eût été impossible de greffer la fin de l'une sur le commencement de l'autre ; après s'être engagé dans l'une des voies de bifurcation, il fallait revenir en arrière et recommencer tout.

La loi de 1886 contient sur ce point une disposition nouvelle : « Le demandeur peut en tout état de cause *transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps* » (art. 239, al. 2). Les débats reproduits par le *Journal officiel* nous apprennent que cet alinéa a été ajouté dans une pensée de résistance au divorce ; on a voulu faciliter tout ce qui tend à maintenir le lien conjugal. Ainsi cette facilité de changer l'objet de la demande au milieu de la procédure a bien été accordée quand il s'agit pour le demandeur d'*abaisser ses prétentions* et de descendre du divorce à la séparation ; mais il en résulte implicitement qu'elle continue d'être refusée au demandeur qui voudrait obtenir le divorce après avoir conclu d'abord à une simple séparation (Cass., 22 févr. 1888, D. 88. 1. 223, S. 88. 1. 374). Le changement peut bien se faire, mais, comme avant 1886, il faut recommencer toute la procédure, ce qui est peut-être un excès de formalisme. La faculté de demander la séparation à la place du divorce peut être exercée même en cause d'appel (Cass., 5 juill. 1892, D. 93. 1. 412, S. 92. 1. 504).

CHAPITRE III

FORMES DE LA SÉPARATION

****1302. Nécessité d'un jugement.** — La séparation de corps doit être prononcée par la justice ; toute séparation volontaire, consentie à l'amiable entre les époux, est nulle et de nul effet (1) ; elle ne peut durer qu'autant que les deux époux consentent à la respecter. A toute époque chacun d'eux a le droit de la méconnaître, et d'exiger de l'autre exécution de ses devoirs d'époux ou de lui refuser la pension convenue entre eux. Il faut un jugement, parce que les époux ne peuvent pas se dispenser de leur autorité privée des obligations nées du mariage. Cependant un mouvement en sens contraire se produit dans l'opinion : les séparations amiables gagnent du terrain et deviennent nombreuses. Voyez t. III, nº 1462 *bis*. Voyez aussi Paris, 8 févr. 1912, P. et S. 1914. 2. 209.

§ 1. — *Règles générales.*

****1303. Qui peut demander la séparation.** — Le Code Napoléon, abandonnant sur ce point les traditions de l'ancien droit, admet également les deux époux à demander la séparation, et pour les mêmes causes.

Cependant en fait, dans la plupart des cas, la séparation de corps est demandée par la femme (2) : sur 100 demandes, 15 seulement émanent du mari. Il ne faut pas s'empresser d'en conclure que dans les ménages désunis c'est presque toujours le mari qui a tort. D'abord, lorsque sa femme se conduit mal, le mari a une raison particulière pour s'abstenir de demander à la justice une séparation en règle. En effet, la séparation *de corps* entraîne la séparation *de biens*, et fait perdre au mari la jouissance des revenus propres à sa femme, qui lui appartient presque toujours. Il préfère donc s'arranger à l'amiable avec sa femme, l'expulser de chez lui ou la laisser partir en lui faisant une pension. Ensuite il lui est plus facile qu'à la femme de recourir à ces combinaisons, d'imposer sa volonté, car il est le maître, tandis que la femme, quand c'est elle qui a à se plaindre, ne peut rien exiger de lui ; elle lui est subordonnée, et ne peut rien obtenir qu'en s'adressant à la justice. C'est par ces considérations qu'il faut expliquer l'énorme différence qu'on remarque dans les chiffres des demandes intentées par les maris et par les femmes.

1304. Cas où le demandeur est interdit. — Lorsque l'un des époux est en état d'*interdiction*, la demande est intentée en son nom par son tuteur, sans distinguer si l'inter-

(1) La jurisprudence a tiré de cette nullité des séparations de fait une conséquence rigoureuse : la nullité des donations faites pour les rendre possibles (Cass., 2 janv. 1907, D. 1907. 1. 137, P. et S. 1911. 1. 585).

(2) En 1895, sur 2 446 demandes en séparation, 2 055 émanaient de la femme, et 391 seulement du mari (*Rapport* sur l'année 1897, *Officiel* du 7 juillet 1900). En 1897, sur 2 657 demandes, 422 venaient du mari. En 1902, sur 100 demandes, 80 étaient formées par la femme (*Journal officiel*, 5 avril 1905, p. 214). Pour le divorce la proportion est toute différente : en 1898, 4 036 demandes ont été formées par les maris et 5 485 par les femmes (*Journa officiel*, 26 sept. 1901).

diction est *légale* ou *judiciaire*. La seule différence est que, dans le cas d'interdiction légale, la demande est formée sur l'initiative de l'interdit lui-même, et le tuteur n'est qu'un mandataire obligé, son porte-voix ; tandis que dans le cas d'interdiction judiciaire, l'interdit étant fou est hors d'état d'apprécier la situation, et c'est le tuteur qui a l'initiative de la demande, mais il lui faut pour agir l'autorisation du conseil de famille (art. 307, al. 2, rédaction de 1886).

Au contraire, le *divorce* ne peut être demandé par le tuteur d'un aliéné (ci-dessus, nº 1180-3º). On n'a pas voulu laisser s'accomplir un divorce, qui est une rupture irréparable, quand le principal intéressé est hors d'état de le vouloir ; mais la séparation de corps, qui n'a pas d'effets définitifs, peut être pour lui une protection utile.

1305. Changements survenus dans la procédure. — Avant 1886 la procédure de la séparation de corps différait profondément de celle du divorce. Tandis que le Code avait établi pour celui-ci une procédure exceptionnelle, remplie de dérogations au droit commun, il avait dit pour la demande en séparation : « elle sera *intentée*, *instruite* et *jugée* de la même manière que toute autre action civile » (art. 307). C'était l'application pure et simple du droit commun. Un peu plus tard le Code de procédure vint modifier cet état de choses, en établissant quelques règles particulières pour la séparation de corps, de sorte que l'art. 307 n'était plus tout à fait exact ; néanmoins la différence était grande encore. La loi de 1886 l'a fait disparaître presque tout entière. D'abord elle a simplifié la procédure du divorce ; ensuite elle a déclaré applicables à la séparation de corps les nouveaux articles 236 à 244. Si bien que les deux procédures, celle de la séparation de corps s'éloignant du droit commun, celle du divorce s'en rapprochant, se sont presque confondues dans une forme intermédiaire. L'art. 307 est devenu tout à fait faux.

1306. Application de la procédure du divorce. — En dehors des différences signalées au numéro suivant, les règles sont les mêmes que pour le divorce. Appliquez tout ce qui a été dit à propos du divorce sur la *compétence* exclusive des tribunaux civils ; sur le caractère *personnel* de la demande, qui ne peut être intentée ni par les créanciers ni par les héritiers ; sur les *fins de non-recevoir* ; sur les *mesures de publicité* en cas de défaut du défendeur (L. 14 juillet 1909, et art. 308 nouveau) ; sur les *causes d'extinction* ; sur les *mesures provisoires* à prendre pendant l'instance ; sur la *preuve* à fournir, etc.

1307. Différences de procédure entre la séparation de corps et le divorce. — Elles sont peu nombreuses, et plusieurs portent sur des détails.

1º Le demandeur en séparation n'est pas obligé de présenter sa requête *en personne* au président du tribunal (art. 875 C. proc civ.). Par suite, s'il est empêché de se déplacer, le président n'a pas à se transporter près de lui ;

2º Les juges ne peuvent pas imposer aux parties le *temps d'épreuve, de six mois au plus* (art. 246). Cet article n'est pas compris dans le renvoi fait par l'art. 307 ;

3º *Le délai d'appel n'est pas suspensif* ; l'appel interjeté a seul pour effet de suspendre l'exécution, comme de droit commun ;

4º Le jugement qui prononce la séparation de corps est *susceptible d'acquiescement* ; l'art. 249 qui prohibe l'acquiescement n'est applicable qu'au divorce (arg. art. 307) (Cass., 28 nov. 1887, D. 88. 1. 433, S. 90. 1. 113 ; Cass., 28 déc. 1891, D. 92. 1. 114, S. 92. 1. 120) ;

5º La séparation de corps ne nécessite *aucune formalité à l'état civil* ; le jugement suffit à l'établir.

§ 2. — *Règles spéciales aux demandes reconventionnelles.*

***1308. Définition.** — *Conventio* voulant dire « citation en justice », la demande *reconventionnelle* est celle qui est formée par une personne déjà poursuivie par une autre, lorsqu'au lieu de se borner à se défendre, elle l'attaque à son tour en dirigeant une action contre le demandeur. La demande reconventionnelle est jointe à la première, les deux actions marchent ensemble et sont terminées par un même jugement.

1309. Mode d'introduction. — Dans les affaires ordinaires, les demandes reconven-

tionnelles peuvent s'introduire par un simple acte de conclusions, ce qui fait qu'elles ne sont pas soumises au préliminaire de conciliation. Cette possibilité a toujours été admise en matière de divorce et de séparation *lorsque les deux demandes ont le même objet* et tendent toutes deux soit au divorce, soit à la séparation (art. 239, al. 3) ; mais lorsque la demande reconventionnelle a un objet différent et tend au divorce alors que la demande principale tend à la séparation, il y a des difficultés qui ne peuvent être examinées ici. Nous dirons seulement que, lorsque la demande principale est formée à fin de divorce, le défendeur peut riposter en demandant soit le divorce, soit la séparation à son choix (Riom, 1er févr. 1888, D. 90. 2. 158, S. 90. 2. 207 ; Paris, 27 juin 1888, D. 90. 2. 311, S. 91. 2. 62) ; mais si la demande principale est formée à fin de séparation de corps, le défendeur ne peut demander dans ses conclusions que la séparation de corps et non le divorce (Bordeaux, 2 mai 1911, D. 1912. 2. 64). S'il veut obtenir le divorce, il doit introduire sa demande par voie d'action principale.

***1310. Admission possible des deux demandes à la fois.** — Lorsque deux demandes sont ainsi introduites soit dans la même instance, soit par deux actions séparées et qu'elles tendent à des fins diverses, il n'y a aucune difficulté, lorsque l'une des deux demandes est rejetée : il y a soit divorce, soit séparation de corps. Qu'arrivera-t-il lorsqu'elles sont toutes deux admises? Le divorce obtenu par l'un des conjoints absorbe nécessairement la séparation obtenue par l'autre. Le seul effet du succès de la demande en séparation de corps est alors de faire encourir les déchéances prononcées par les art. 299 et 386, même par celui des époux qui demandait le divorce (comp. Bordeaux, 13 nov. 1893, S. 94. 2. 80).

1311. Possibilité d'introduire la demande reconventionnelle en appel. — L'art. 248, al. 4, dit que les demandes reconventionnelles « peuvent se produire même en appel sans être considérées comme demandes nouvelles ». D'après le droit commun écrit dans l'art. 464 C. proc. civ., les demandes *nouvelles* ne peuvent pas être formées pour la première fois en appel, parce que cette production tardive aurait pour effet de priver l'adversaire du bénéfice d'un degré de juridiction, la demande qui se produit ainsi n'ayant pas été soumise aux premiers juges. La loi fait exception pour les demandes *qui servent de défense à l'action principale.* Dans la discussion de la loi de 1886 on a cru que la demande reconventionnelle en divorce (ou en séparation) était une *défense* contre la demande principale, et que par suite l'autorisation de l'introduire en appel était l'application de l'art. 464 : « Cela est conforme à tous les principes de droit », disait M. Labiche au Sénat. On s'est trompé. La demande reconventionnelle en divorce n'empêche pas l'époux défendeur d'être condamné ; il ne peut échapper à la condamnation qu'en se disculpant des torts qui lui sont reprochés. S'il attaque à son tour, le seul résultat qu'il puisse obtenir, c'est de faire prononcer le divorce (ou la séparation) aux torts de son conjoint en même temps qu'aux siens et de se prévaloir par réciprocité des déchéances qu'entraîne une condamnation de ce genre. La recevabilité en appel des demandes reconventionnelles dans les affaires de divorce ou de séparation ne dérive donc pas du droit commun. Elle est fondée en réalité sur la *connexité des faits* qui servent de base aux deux actions. Comp. Bordeaux, 11 févr. 1907, P. et S. 1908. 2. 76.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS

§ 1. — *Législation actuelle.*

1312. État des textes. — Le Code Napoléon n'avait pas déterminé les effets de la séparation de corps : il se bornait à dire qu'elle emporterait toujours la séparation de biens (art. 311 anc.). Les lois de 1884 et de 1886 ne furent pas plus explicites : mais la lacune

a été en partie comblée par la loi du 6 février 1893, *sur le régime de la séparation de corps*, qui a ajouté des alinéas aux art. 108 et 311, concernant le domicile de la femme, sa capacité et le nom des époux. Malgré cela les textes sont encore insuffisants et l'état de nos lois se ressent toujours de la hâte avec laquelle la séparation de corps a été introduite dans le Code. — La loi de 1893 est applicable aux séparations prononcées avant sa promulgation ; elle le dit expressément dans son art. 5.

§ 2. — *Effets produits par la séparation.*

A. — Cessation de la vie commune.

***1313. Son importance.** — Cet effet de la séparation de corps est *son effet principal* ; c'est lui d'ailleurs qui est le but même de l'institution, la raison d'être de sa conservation dans nos lois ; on veut délier les époux de l'obligation de vivre ensemble, sans rompre leur mariage. Tous les autres effets de la séparation sont *secondaires*, et ne se produisent que *par voie de conséquence ou d'extension* de ce premier effet, sauf toutefois les déchéances, qui se rattachent à une idée de pénalité.

****1314. Séparation des domiciles.** — La séparation d'habitation ne porte pas seulement sur la *résidence*, mais sur le *domicile* des époux. Si la femme est considérée comme ayant pour domicile légal celui de son mari, c'est qu'elle est obligée d'habiter avec lui ; quand cette obligation cesse, la communauté de domicile doit cesser également. La femme séparée de corps est donc désormais capable de se choisir un domicile et de le déplacer à son gré. La jurisprudence l'admettait déjà : la loi du 6 février 1893 s'en est expliquée formellement (art. 108 nouv., al. 2).

***1315. Suppression de tous frais communs.** — La séparation d'habitation met fin à la vie de ménage ; par suite la femme n'a plus à *contribuer* aux frais de la vie commune, comme elle y était tenue par les art. 1448, 1537 et 1575.

1316. Suppression du devoir d'assistance. — L'assistance, telle que la loi la comprend, comporte des soins personnels à donner par l'un des époux à l'autre, et par suite elle implique la cohabitation. Elle cesse donc par l'effet de la séparation de corps.

B. — Séparation de biens.

***1317. Dissolution de la communauté.** — La séparation de corps entraîne comme conséquence la séparation de biens (art. 311, al. 2). Cela veut dire d'abord que, s'il existe entre les époux une communauté de biens, on liquide cette espèce de société, chacun reprend sa part d'actif et de passif, et il n'y a plus de biens communs et indivis entre les deux époux.

***1318. Suppression des pouvoirs du mari sur les biens de sa femme.**

— En outre le mari perd tous les droits de *jouissance* et d'*administration* qu'il pouvait avoir sur les biens propres de sa femme ; il a presque toujours des droits de ce genre, quel que soit le régime matrimonial des époux et même en l'absence de toute communauté de biens.

La femme recouvre donc l'administration de ses biens, et en même temps la jouissance personnelle de ses revenus. Elle peut les toucher et en disposer, sans avoir de comptes à rendre à son mari.

1319. Caractère légal de la séparation de biens. — Cette séparation de biens qui résulte de la séparation de corps en est la conséquence nécessaire et légale. Elle se produit *de plein droit*, sans que le juge ait besoin de la prononcer et sans qu'il puisse l'empêcher.

1320. Rétroactivité de la séparation de biens. — D'après la jurisprudence cette séparation de biens est rétroactive, c'est-à-dire que la communauté est censée se dissoudre et le mari perdre tous ses pouvoirs, non pas le jour du jugement, mais le *jour où la demande en séparation de corps a été formée*. Le mérite et la portée de cette jurisprudence seront discutés à propos du contrat de mariage et de la séparation de biens judiciaire (voyez t. III).

C. — Capacité de la femme séparée de corps.

***1321. État ancien du droit.** — Dans l'organisation traditionnelle que la séparation de corps avait reçue du droit canonique et que le Code Napoléon avait conservée, l'*autorité maritale* survivait. A vrai dire, par l'effet de la double séparation de corps et de biens, la femme avait une existence indépendante : elle avait son domicile séparé, ses revenus propres, et on lui reconnaissait, comme à toute femme séparée de biens, une *capacité limitée* ayant pour objet l'*administration de ses biens*. Elle était donc capable de faire seule et sans autorisation tous les actes nécessités par cette administration, baux, réceptions de loyers et fermages, etc. Mais, pour le surplus, l'incapacité de la femme subsistait et la puissance maritale trouvait encore l'occasion de s'exercer toutes les fois que la femme voulait accomplir un *acte de disposition* dépassant les bornes de sa capacité (aliénation, constitution d'hypothèque, emprunt, achat d'immeubles, etc.). La femme ne pouvait faire ces actes valablement qu'à la condition d'être régulièrement autorisée, en principe par son mari, ou à son défaut par justice.

****1322. Inconvénients et modification de ce régime.** — Cette situation, qui n'avait pas soulevé de plaintes dans les XVIIe et XVIIIe siècles, a paru de nos jours avoir des inconvénients sérieux. Dans l'état d'hostilité où se trouvent deux époux séparés de corps, le mari refusait presque toujours de donner l'autorisation qu'on lui demandait. La femme était alors obligée de faire constater son refus et de s'adresser à la justice (1). De là des retards et des frais, et des incidents qui ne pouvaient qu'envenimer davantage les rapports des deux époux. Il était donc désirable que le mari fût complètement dépouillé de ses pouvoirs sur la personne de sa femme et que celle-ci fût libre de tous ses actes. Cette réforme, souvent réclamée,

(1) Souvent le mari faisait pis encore : il se faisait payer l'autorisation qu'il donnait, et la femme avait souvent intérêt à traiter avec lui à prix d'argent : c'était plus tôt fait et moins cher que d'obtenir une autorisation judiciaire.

a été opérée par la loi du 6 février 1893 (art. 311 nouv., al. 3). La séparation de corps a été ainsi rapprochée du divorce, dont elle ne diffère plus guère que par l'obligation de fidélité et l'impossibilité de se remarier. Comp. PERREAU, dans *Sirey*, 1903. 2. 169, et THOMAS, dans *Dalloz*, 1912. 2. 129.

****1323. Régime actuel.** — D'après le texte nouveau, la séparation de corps rend à la femme « le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ». La portée de la réforme est aussi générale que possible ; aucun acte, si grave qu'il soit, n'a plus besoin d'être autorisé par le mari (1). Cependant la formule employée par la loi a besoin d'être bien comprise, et elle ne peut l'être que par la connaissance des raisons qui ont décidé la réforme. Elle ne signifie pas que la femme obtient par la séparation *la même capacité que si elle n'était pas mariée*, mais seulement que l'*exercice de la puissance maritale est suspendu* pendant la durée de la séparation de corps et que la femme n'est plus soumise à la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari ou celle de la justice. La différence entre les deux formules se comprend par leurs applications.

S'agit-il d'un acte pour la validité duquel l'autorisation du mari aurait été suffisante? La femme le fera à elle seule, sans se faire autoriser par personne, et il sera valable comme s'il avait été fait par une femme non mariée. Sur ce point les deux formules conduisent au même résultat.

S'agit-il d'un acte pour lequel l'autorisation du mari n'aurait pas suffi, par exemple l'aliénation d'un immeuble dotal? L'état de femme séparée de corps n'autorise pas un pareil acte : la loi de 1893 a eu pour but de délivrer la femme d'une tutelle dont l'exercice était abusif, mais non de la priver des garanties exceptionnelles qu'elle avait pu s'assurer par son contrat de mariage, telles que la dotalité. L'immeuble dotal d'une femme séparée de corps reste donc inaliénable même après la séparation. — Même solution pour la réduction de l'hypothèque légale (Bordeaux, 13 juin 1910, D. 1912. 2. 129).

1324. Identité constante de la capacité de la femme. — Le régime établi par la loi de 1893 profite à la femme dans tous les cas, *même lorsque la séparation de corps a été prononcée contre elle.* Le Sénat avait voté en 1887 une disposition contraire qui refusait le bénéfice de la capacité à la femme reconnue coupable ; il a fini par la rejeter, en considérant qu'il ne s'agissait

(1) L'avantage ainsi procuré à la femme séparée a été très apprécié dans les ménages désunis, et la mise en vigueur de la loi de 1893 a eu pour résultat de faire baisser momentanément le chiffre des demandes en divorce. Ainsi, à Paris, leur total est tombé de 3 119 en 1894 à 2 694 en 1895. Pendant ce temps les demandes en séparation s'élevaient sensiblement ; de 2 094 en 1892, elles passaient à 2 405 en 1894, à 2 446 en 1895, à 2 586 en 1896, à 2 657 en 1897 (*Rapports* du garde des sceaux, *Officiel*, 1897, p. 3023 : 1900, p. 4346). En 1899, elles ont atteint le nombre de 2 941.

pas de récompenser la femme, mais de faire disparaître des inconvénients qui étaient égaux dans les deux hypothèses.

D. — Nom des époux.

**1325. Renvoi. — La séparation de corps ne devrait avoir aucune conséquence sur le nom des époux, puisqu'ils restent mariés, et que la communauté du nom n'est qu'une indication de l'état de mariage. Ce fait étant toujours vrai, son énonciation devrait être toujours permise. Cependant le législateur a attribué à la séparation de corps un effet très énergique sur le nom du mari et de la femme (art. 311, al. 1). Ci-dessus, nº 396.

E. — Déchéances diverses.

***1326. Analogie avec le divorce.** — L'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée subit diverses déchéances, qui sont une sorte de peine pour les fautes qu'il a commises. L'idée mère est donc la même qu'au cas de divorce, mais les déchéances encourues ne sont pas de tout point semblables.

1327. Droits d'auteur. — L'époux coupable perd le *droit de jouissance* accordé au conjoint survivant d'un auteur, compositeur ou artiste, sur les œuvres du prédécédé (L. 14 juillet 1866). Aux termes de l'art. 1er cette jouissance n'a pas lieu lorsqu'il existe au jour du décès une séparation de corps prononcée contre le survivant.

1328. Pensions de retraite. — De même, la femme survivante, quand la séparation de corps a été prononcée contre elle, perd tout droit sur la *pension militaire* ou *civile* accordée à son mari, qui aurait pu sans cela être continuée à son profit (L. 11 avril 1831), art. 18; L. 18 avril 1831, art. 20; L. 9 juin 1853, art. 13).

1329. Droit de succession. — Le Code Napoléon n'avait pas retiré au coupable le droit de succession, d'une application d'ailleurs très rare, que les époux tenaient de l'art. 767 primitif; mais ce droit de succession n'étant garanti par aucune réserve, chaque époux pouvait s'attendre à se le voir enlever par le testament de son conjoint. La loi du 9 mars 1891, qui a étendu le droit successoral du conjoint survivant, a en même temps subordonné ce droit à la circonstance qu'il n'existerait pas de séparation de corps prononcée contre le survivant (art. 767 nouv.).

1330. Observation. — Les différents droits dont il vient d'être parlé sont également perdus après un divorce, mais pour une autre raison : ils s'éteignent alors parce qu'ils sont attachés à la qualité de conjoint et que les époux divorcés n'ont plus cette qualité; ils s'éteignent par suite pour les deux conjoints, même pour celui qui n'a rien à se reprocher. Au contraire, en cas de séparation de corps le titre de conjoint n'est pas effacé; ces divers droits devraient survivre. S'ils sont perdus par l'époux coupable, c'est à titre de *déchéance* : par suite ils subsistent pour l'autre époux.

***1331. Puissance paternelle.** — Cette puissance se trouve amoindrie par la séparation de corps comme par le divorce. L'époux coupable perd la *garde* des enfants qui lui sont ordinairement enlevés. Il faudrait répéter ici ce qui a été dit sur ce point à propos du divorce (nos 1275 à 1281). Déjà avant 1886 les tribunaux se reconnaissaient le droit d'ordonner toutes ces mesures par application des articles relatifs au divorce (Cass., 24 juill. 1878, D. 78. 1. 471, S. 79. 1. 424; Cass., 1er août 1883, D. 85. 1. 206). Leurs déci-

sions donnaient lieu à de vives critiques (LAURENT, t. III, nº 350) ; mais elles ont été ratifiées par le législateur, car l'art. 307 a déclaré applicables à la séparation de corps les art. 236 à 244, y compris l'art. 240 (1). Cependant l'amoindrissement de la puissance paternelle est *moindre qu'au cas de divorce.* Il n'est pas dit en effet que la séparation fasse perdre le droit de *jouissance légale* de l'art. 384. L'art. 386 l'enlève seulement à celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé.

Comme en matière de divorce, les décisions prises par les tribunaux relativement aux enfants d'époux séparés ne sont jamais définitives, et peuvent toujours être modifiées par le tribunal qui les a ordonnées (Cass., 25 août 1884, D. 85. 1. 206, S. 84. 1. 424).

***1332. Avantages matrimoniaux.** — Pour eux nous n'avons qu'un texte, l'art. 1518 relatif au *préciput.* Cet article décide implicitement que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd son droit au préciput. Faut-il s'arrêter là, et le préciput est-il le seul avantage que fasse perdre la séparation? Ne doit-on pas au contraire admettre que l'art. 299, qui fait perdre au coupable à la suite d'un divorce tous ses avantages matrimoniaux, est susceptible d'être étendu à la séparation de corps? L'application de cet article ne fait plus de doute aujourd'hui (Cass., 27 déc. 1893, D. 94. 1. 391, S. 94. 1. 119), et elle est admise depuis un arrêt des Chambres réunies, rendu le 23 mai 1845 (D. 45. 1. 225, S. 45. 1. 321.).

La grosse objection se tirait du caractère pénal de cet article qui établit une déchéance, et qui, écrit spécialement pour le divorce, ne pouvait, disait-on, être étendu à d'autres cas. Mais la solution qui a prévalu avait pour elle les traditions de l'ancien droit (POTHIER, *Douaire*, nºs 256 et 257), qu'on doit considérer comme maintenues implicitement par le Code, et un argument à fortiori tiré de l'art. 1518 ; si la loi admet la perte du préciput, qui est une convention onéreuse, à plus forte raison doit-on enlever au coupable le bénéfice des donations véritables. La question est si bien vidée qu'en 1884 et en 1886, quand on a remanié le chapitre de la séparation de corps, on n'a pas jugé utile de trancher cette vieille controverse. Plusieurs orateurs ont même reconnu dans la discussion, comme un point incontesté, l'extension de l'art. 299 à la séparation de corps.

§ 3. — *Effets de la persistance du mariage.*

***1333. Le principe.** — On a vu (ci-dessus, nº 1291) comment s'est introduite cette idée que la séparation des deux époux laisse subsister le mariage : c'est la combinaison des idées chrétiennes sur l'indissolubilité du mariage avec les idées antiques sur le divorce. Le mariage n'étant pas

(1) Ce n'est qu'une indication, et non une confirmation totale de la jurisprudence. En effet l'art. 240 ne vise que les mesures provisoires à prendre pendant l'instance. Pour le temps qui suit la séparation prononcée, le tribunal ne peut statuer qu'en vertu des art. 302 et 303 qui n'ont pas été expressément déclarés applicables à la séparation de corps. Néanmoins la jurisprudence n'a jamais hésité à les lui étendre. Voyez les arrêts cités dans DALLOZ, *Répert.*, vº Divorce, nºs 318 et suiv., *Suppl.*, *ibid.*, nº 653.

dissous, tout ce qui est la suite nécessaire de l'état d'époux, en dehors de la vie commune, continue à se produire.

***1334. Maintien du devoir de fidélité.** — Le principe étant le maintien du mariage malgré la séparation, le devoir de fidélité subsiste. Il reste entier pour la femme qui est toujours punissable en cas d'adultère. Mais pour le mari il y a une atténuation importante : si l'adultère commis par lui peut encore être considéré comme une cause de divorce au profit de sa femme, il cesse d'être un délit au point de vue pénal ; en effet, l'amende n'est prononcée contre le mari adultère qu'autant qu'il a tenu sa concubine *dans la maison commune* ; or, après la séparation, il n'y a plus de maison commune. Pour la femme, au contraire, la peine de l'adultère n'est subordonnée à aucune condition de ce genre.

1335. Maintien du devoir de secours. — Le devoir de secours subsiste. Celui des époux qui est dans le besoin conserve donc le droit de réclamer à l'autre une *pension alimentaire*, malgré la séparation et sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle a été prononcée au profit du demandeur ou contre lui. Sur ce point la jurisprudence est constante (Cass., 27 janv. 1890, D. 90. 1. 447, S. 99. 1. 216).

1336. Controverse sur le principe de la pension alimentaire. — Aucun doute ne devrait s'élever sur la détermination de l'article en vertu duquel cette pension est accordée : c'est le devoir de secours établi par l'art. 212, qui survit à la séparation parce que le mariage n'est pas dissous. Cet article est toujours applicable, et il suffit. Pour la jurisprudence, il y aurait par surcroît un autre article applicable conjointement avec lui, tout au moins quand la pension est demandée par l'époux contre lequel la séparation n'a pas été prononcée : c'est l'art. 301, déjà expliqué à propos du divorce (nos 1258 à 1261). Cette extension de l'art. 301 à la séparation de corps a été admise par de nombreux arrêts. Voyez entre autres Cass., 2 août 1861, D. 61. 1. 97.

CHAPITRE V

DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS

***1337. Causes de cessation.** — Les effets de la séparation de corps ne sont pas définitifs comme ceux du divorce : cet état finit de trois manières : 1° par la *réconciliation des époux* ; 2° par la *conversion de la séparation en divorce* ; 3° par la *mort de l'un des époux*. Dans le premier cas il y a un retour plus ou moins complet aux effets normaux du mariage ; dans les deux derniers, la séparation finit indirectement, parce qu'elle suppose le mariage et que le mariage est dissous.

§ 1. — *Réconciliation des époux.*

A. — Forme de la réconciliation.

***1338. Facilités données par la loi.** — La loi ne voit dans la séparation de corps qu'un état temporaire destiné à calmer l'irritation des époux

par l'éloignement. Non seulement elle permet le rétablissement de la vie commune, mais elle l'appelle de ses vœux, elle le favorise. En effet, elle n'exige des époux qui veulent se réconcilier aucune condition particulière ; ils n'ont aucune formalité à remplir, sauf ce qui est dit au nº 1341 ci-dessous. Les époux se réconcilient quand ils le veulent et comme ils le veulent. Malgré ces facilités, les réconciliations d'époux séparés sont en nombre infime : deux pour cent à peine.

***1339. Nécessité du consentement des deux époux.** — Le *consentement des deux époux* est nécessaire. Il ne suffirait pas que celui qui a demandé et obtenu la séparation de corps manifestât le désir de reprendre la vie commune ; il ne peut pas contraindre son conjoint à se réunir à lui. Sans doute il était libre, tant que le procès durait, de se *désister*, et l'abandon de son action aurait empêché la rupture, mais le jugement une fois rendu vaut titre pour les deux parties. Il crée entre elles une situation régulière, et cette situation ne peut plus être modifiée que par un accord de volontés des deux époux. D'ailleurs que pourrait-on espérer d'un ménage rétabli contre la volonté de l'un des conjoints?

1340. Inutilité de la reprise de la vie commune. — Suffit-il qu'il y ait eu réconciliation entre les époux? ou faut-il qu'il y ait reprise réelle de la vie commune? La question était réglée par le projet sur la séparation de corps qui avait été préparé en 1816 : il y était dit que la séparation ne cesserait que « par le rétablissement notoire de la vie « commune ou par la déclaration faite par les époux dans un acte authentique, qu'ils « entendent faire cesser l'état de séparation » (art. 37). Mais, ce projet ayant échoué, nous n'avons aucun texte. Le plus sûr est de s'en tenir aux règles ordinaires. Or la renonciation à un droit acquis peut se produire sous toute espèce de formes, tacitement ou expressément. Le moindre rapprochement entre les époux séparés entraînera donc abandon de l'espèce d'indépendance qui résultait du jugement et chaque époux pourra dès lors exiger de l'autre la reprise de la vie commune (Cass., 24 févr. 1908, P. et S. 1908. 1. 471) (1).

***1341. Nécessité d'une publicité.** — Autrefois la réconciliation des époux n'était soumise à aucune mesure de publicité : elle produisait de plein droit et par elle seule les effets que la loi y attache. Cela n'avait pas d'inconvénients parce que la capacité de la femme ne se trouvait pas modifiée par la réconciliation : la séparation de corps ne lui avait conféré que la capacité limitée qui appartient à la femme séparée de biens, et elle conservait cette même capacité après s'être réconciliée, parce que la réconciliation des époux met fin à la séparation de corps, mais non à la séparation de biens qui en est la conséquence. Depuis qu'on a accordé à la femme séparée de

(1) Autrefois la Cour de Paris avait jugé que le rétablissement effectif de la vie commune était nécessaire pour faire tomber le jugement de séparation (5 avril 1859, D. 59. 2. 68, S. 62. 1. 113). Sa décision a été réfutée par M. Demolombe (t. IV, nº 536 *bis*). La reprise de relations intimes, mêmes assidues, la naissance même d'un enfant ne mettrait pas fin à la séparation ! (Quenault, *Revue critique*, 1857, p. 317). La solution de la Cour de Paris était d'ailleurs contraire aux traditions : « Conjux innocens copulam habens cum conjuge « adultera etiam occulto censetur condonare injuriam, ac ad pristinam suam amicitiam « conjugem adulteram revocare. Nec refert an ea copula contingat ante vel post divortium « celebratum... » (Sanchez, *de Matrimoniis*).

corps une pleine capacité, la réconciliation des époux a pour effet de diminuer la capacité de la femme : n'étant plus séparée de corps, elle perd la capacité entière que lui donne le nouvel art. 311, al. 3, pour conserver seulement une capacité limitée en qualité de femme simplement séparée de biens. Il en résulte qu'elle perd par la réconciliation le droit de faire seule les *actes de disposition* (obligations, aliénations, établissement d'hypothèques, etc.). Les tiers ont donc le plus grand intérêt à être prévenus du fait de la réconciliation alors que ce fait leur était indifférent avant la loi du 6 février 1893. C'est pour cela que cette loi a organisé une publicité destinée à rendre la réconciliation opposable aux tiers (art. 311, al. 4).

1342. Formes de la publicité. — Cette publicité se fait de trois façons :

1° Il doit être dressé un *acte notarié* constatant la réconciliation des époux et *un extrait de cet acte doit être affiché* dans la salle principale du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est commerçant, dans celle du tribunal de commerce (art. 311 et 1445 cbnés) ;

2° *Mention du même acte doit être faite en marge* : *a*) de l'acte de mariage des époux, *b*) du jugement ou arrêt qui a prononcé leur séparation ;

3° L'extrait de l'acte de réconciliation doit être publié par *insertions dans les journaux du département recevant les annonces légales.*

B. — Effets de la réconciliation.

1343. Effets sur la personne de la femme et des enfants. — Lorsque les époux se réconcilient, le régime qui résultait du jugement cesse de plein droit. La vie en ménage reprend son cours, la femme n'a plus de domicile séparé, les enfants rentrent sous l'autorité exclusive du père.

***1344. Maintien de la séparation de biens.** — Il reste toutefois quelque chose de l'état de séparation : la séparation de biens, qui avait été la conséquence de la séparation de corps, lui survit. Les conventions matrimoniales primitives, qui avaient été remplacées par un régime différent, ne reprennent pas leur force antérieure par le seul fait de la réconciliation. Elles ne peuvent être rétablies que par une convention spéciale, pour laquelle la loi exige un acte notarié et une publicité (art. 1451). Le rétablissement du contrat de mariage est d'ailleurs soumis à des règles diverses qui ne peuvent être expliquées qu'à propos de ce contrat.

***1345. Effet d'une réconciliation non publiée.** — Depuis 1893 la réconciliation des époux doit être publiée conformément à l'art. 311, al. 4, lors même que les époux s'en tiendraient là et ne rétabliraient pas leurs conventions matrimoniales dans la forme prescrite par l'art. 1451. Quel sera donc l'effet d'une réconciliation opérée en fait, mais pour laquelle la publicité requise n'aura pas été remplie? L'art. 311 règle la situation en disant que *la diminution de capacité* que subit la femme par l'effet de la réconciliation *n'est pas opposable aux tiers.* Cela veut dire que si la femme accom-

plit seule et sans autorisation, à une date postérieure à la réconciliation, un acte dépassant la capacité des femmes séparées de biens, telle qu'elle est réglée par l'art. 1449, cet acte sera valable et que ni le mari ni la femme n'en pourront demander la nullité contre les tiers ; à l'égard des tiers la femme conserve alors, malgré la réconciliation, la pleine capacité qu'elle avait durant la séparation de corps.

***1346. Triple option laissée à la femme.** — Depuis 1893 la femme qui se réconcilie avec son mari a donc, pour sa capacité personnelle et son régime matrimonial, le choix entre trois partis, au lieu de deux qui lui étaient ouverts au temps où l'art 1451 existait seul. Elle peut :

1° Se réconcilier en fait, en s'abstenant de toute publicité. Elle conserve alors dans ses rapports avec les tiers le bénéfice de la *capacité entière* que lui donne l'art. 311, al. 3.

2° Publier la réconciliation conformément à l'art. 311, al. 4, mais sans rétablir son contrat de mariage. Elle conserve alors le bénéfice de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps, avec *capacité limitée*.

3° Rétablir son régime matrimonial primitif, par application de l'art. 1451. Elle retombe alors dans l'état d'*incapacité normale* où l'avait placée son mariage.

1347. Lacunes de la loi. — La loi a omis de statuer sur deux points :

1° *A quel moment s'opère le passage de l'état de capacité entière à l'état de capacité limitée par l'effet d'une réconciliation?* Est-ce à la date de l'acte notarié exigé par l'art. 311? Ou seulement à compter du jour où la publicité de cet acte a été effectuée? Il semble bien que ce soit l'acte de réconciliation qui modifie lui-même la capacité de la femme, sauf accomplissement ultérieur des mesures de publicité. Mais aucun délai n'étant fixé, des tiers pourront se trouver surpris, ayant traité avec la femme après la signature de l'acte et avant qu'il ait été rendu public.

2° *Quelle serait la situation d'un tiers qui aurait traité avec la femme, sans que la réconciliation ait été publiée, mais après avoir été averti par elle ou après en avoir eu connaissance par un autre moyen?* La publicité n'est organisée que dans l'intérêt des tiers et pour leur faire connaître la réconciliation ; or les tiers ne peuvent se prétendre trompés quand il est établi que la situation réelle de la femme leur était parfaitement connue.

§ 2. — *Conversion de la séparation en divorce.*

A. — Demande en conversion.

***1348. Pourquoi cette conversion est permise.** — La séparation de corps est une situation cruelle, qui laisse subsister toutes les obligations et toutes les charges du mariage, et qui en même temps supprime tous les avantages que peut offrir la vie de famille. Le mariage, pour des époux séparés de corps, n'est plus qu'une chaîne sans compensation. Quand tout espoir d'accommodement est perdu, cette situation deviendrait intolérable, si elle ne devait pas avoir une fin. M. de Marcère, rapporteur de la loi de 1884, disait : « Ce qu'est la séparation de corps pour les époux, le voici : c'est le dérèglement de la vie ou le célibat forcé, c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales, soit à la nature humaine. » On a donc laissé aux époux un moyen d'en sortir en faisant convertir leur séparation en divorce au bout de trois ans. — En fait, on use volontiers de cette faculté. Il y a en général,

par année, de quatre à cinq cents séparations de corps converties en divorce (430 en 1898, 482 en 1902).

***1349. Qui peut demander la conversion.** — Le Code Napoléon n'avait accordé cette faculté qu'*à l'époux coupable*, celui contre lequel la séparation avait été prononcée. Lui seul pouvait adresser à l'autre une mise en demeure, et lui dire : « Voilà trois ans que vous m'avez fait condamner à me séparer de vous, trois années d'expiation. Avez-vous oublié, pardonné? Alors réconcilions-nous, reprenez-moi. Sinon, rendez-moi ma liberté entière : divorçons. » On voit dans cet article le fond de la pensée des rédacteurs du Code. Ils n'avaient admis la séparation de corps qu'à regret. Ils ont voulu faire d'elle une situation provisoire, essentiellement temporaire, qui devait nécessairement se terminer par la réconciliation ou par le divorce. C'était, suivant le mot de M. Jules Simon, trois ans de pénitence avec le divorce au bout. Un pareil système avait un inconvénient grave, il mettait l'époux innocent à la merci du coupable. Peut-être le demandeur s'était-il abstenu de demander le divorce, parce que sa foi religieuse lui défendait d'y recourir, et il allait se le voir imposer au bout de trois ans par son conjoint ! Cette perspective était de nature à l'empêcher de demander la séparation, dans la crainte d'en voir plus tard sortir un divorce contre son gré. En 1884 on adopta un système différent : le droit de demander la conversion fut accordé *aux deux conjoints également.* — On avait proposé dans la discussion de s'écarter davantage encore du Code civil en réservant exclusivement ce droit à l'époux non coupable. La raison qui a été donnée pour le conserver au coupable lui-même est que la séparation est une situation dangereuse, anti-sociale, qu'il est bon de faire cesser dans un intérêt supérieur, lorsque la réconciliation est décidément impossible.

***1350-1352. Caractère obligatoire de la conversion.** — D'après le Code Napoléon la conversion de la séparation en divorce était inévitable quand elle était demandée par l'époux coupable, qui seul alors en avait le droit ; le tribunal ne pouvait pas la lui refuser. En 1884 on rendit la conversion *facultative* pour les juges ; l'art. 310 portait en effet : « Le jugement *pourra être converti...* » Le tribunal appréciait donc s'il y avait lieu d'accorder la conversion, et on lui laissait sur ce point liberté entière. En fait un dixième environ des demandes en conversion étaient rejetées.

Une loi du 6 juin 1908 a modifié à nouveau la situation en rendant la conversion *obligatoire pour les juges* dès qu'elle est demandée par l'un des époux (voyez le nouvel alinéa 1er de l'art. 310). La réforme n'a pas eu une répercussion bien grande sur la pratique : le rejet des demandes en conversion était tombé à cinq pour cent, et diminuait continuellement. — Il reste cependant un cas où la conversion d'une séparation de corps en divorce est impossible : c'est l'hypothèse de l'art. 295 (ci-dessus, n° 1286). Les lois générales laissent subsister les dispositions exceptionnelles antérieures qu'elles n'abrogent pas, selon l'adage *Generalia specialibus non derogant.*

***1353. Calcul du délai de trois ans.** — La conversion ne peut être demandée qu'au bout de trois ans (art. 310, al. 1er). La loi n'a pas fixé le point de départ de ce délai. On admet que c'est le jour où le jugement est devenu définitif (Cass., 28 nov. 1887, D. 89. 1. 433, S. 90. 1. 113). Par suite, si l'époux acquiesce au jugement, le délai courra du jour de l'acquiescement (Cass., 28 déc. 1891, D. 92. 1. 114, S. 92. 1. 120). Voyez cependant Bourges (3 nov. 1890, D. 91. 2. 277, S. 91. 2. 245), qui fait courir le délai du jour du jugement.

1354. Procédure. — Il était inutile d'obliger les parties à suivre la procédure du divorce dans toute sa lenteur. Aussi la conversion s'obtient-elle au moyen d'une procédure sommaire (art. 310 modifié en 1886). Voyez ce texte. Même simplifiée, cette procédure paraît inutile depuis 1908, puisque le tribunal n'a aucune liberté d'appréciation.

1355. Tribunal compétent. — La Chambre des députés voulait que la demande en conversion fût jugée par le même tribunal qui avait prononcé la séparation de corps. Cette disposition exceptionnelle a été rejetée. Le droit commun s'applique donc ; le tribunal compétent est celui du domicile actuel du défendeur.

1356-1357. Frais. — La question des frais était jadis discutée. Elle a été réglée par la loi de 1908 : ils sont supportés en entier par l'époux coupable et se partagent par moitié si la séparation a été prononcée à leurs torts communs (art. 310 nouv.).

B. — Effets de la conversion.

***1358. Titre auquel le divorce est prononcé.** — La demande en conversion ne suppose pas de faits nouveaux ; le divorce, une fois admis, sera donc prononcé pour *les faits anciens* qui avaient primitivement motivé la séparation. S'il y a des faits nouveaux, ils peuvent servir de cause à une demande en divorce, mais ce n'est plus alors la *conversion* qui est demandée ; c'est une demande nouvelle qui doit s'engager dans les formes ordinaires. De plus, cette demande, ayant sa cause propre, pourra être formée moins de trois ans après la séparation.

En conséquence, il a été décidé que les juges qui prononcent la conversion ne peuvent *changer la nature de la cause de séparation*, devenue cause de divorce ; ils sont liés à cet égard par la chose jugée (Caen, 25 oct. 1887, D. 91. 2. 40 ; Cass., 24 mai 1892, D. 93. 1. 411).

1359. Déchéances. — Quel que soit l'époux qui ait demandé la conversion, les déchéances encourues à raison de la séparation devenue un divorce n'atteignent jamais que celui qui s'est rendu coupable des causes de cette séparation. Ce qui arrive est tout simplement la substitution du divorce à la séparation. C'est donc le jugement de séparation de corps, prononcé au profit de l'époux innocent, qui devient jugement de divorce, et c'est à la première décision qu'il faut se reporter pour savoir contre qui le divorce est prononcé (1). Les déchéances ne frappent jamais que celui qui a rendu la rupture nécessaire par sa faute (comp. Bastia, 1er mars 1892, D. 92. 2. 417).

***1360. Transcription du jugement.** — Le divorce étant réputé prononcé au profit de celui des deux époux qui avait originairement obtenu la séparation, c'est cet époux qui a seul le droit de faire transcrire le jugement de divorce pendant le premier mois, bien que la conversion ait été prononcée à la requête du coupable (Nancy, 14 janv. 1888, S. 88. 2. 53).

1361. Droit aux aliments. — Avant 1908, les pensions alimentaires avaient soulevé devant la jurisprudence des questions multiples au cas de conversion de la séparation en divorce (Cass., 4 févr. 1889, D. 89. 1. 250, S. 89. 1. 128 ; Cass., 10 mars 1891, D. 91. 1. 175 ; Cass., 3 janv. 1893, D. 93. 1. 126, S. 93. 1. 225). Pour y mettre un terme la loi du 6 juin 1908 a décidé que les pensions alimentaires accordées à l'époux qui a obtenu la séparation conserveraient en tout cas leur effet. Voyez les explications données par M. Boivin-Champeaux au Sénat (D. 1908, 4. p. 64, note 1). Tout droit à une pension disparaît donc lorsque la séparation avait été prononcée aux torts des deux époux (Aix, 19 févr. 1913, D. 1913. 2. 263).

§ 3. — *Mort de l'un des conjoints.*

1362. Ses conséquences. — La séparation de corps suppose le mariage ; c'est un état particulier dans lequel se trouvent deux personnes mariées ensemble. Il prend donc fin quand le mariage se dissout par la mort de l'un des époux.

Cette remarque est intéressante quand il existe des enfants nés du mariage et que, à raison de la séparation, des mesures avaient été prises contre le père pour lui enlever la garde des enfants et restreindre l'exercice de son droit de puissance paternelle. La mère étant morte, ces mesures prennent fin parce qu'elles n'étaient qu'un effet de la séparation de corps. Le père survivant *recouvre* le plein exercice de ses droits, y compris la garde des enfants, dont il devient le tuteur légal (Poitiers, 21 juill. 1890, D. 91. 2. 73, avec une note de M. de Loynes). Un résultat analogue se produirait si ces mesures avaient été ordonnées contre la mère : à la mort du père, elle *acquerrait* l'exercice de la puissance paternelle.

(1) Lorsque la séparation a été prononcée aux torts des deux époux, le divorce ne peut être admis aux torts de l'un d'eux seulement (Cass., 11 févr. 1889, D. 90. 1. 225 ; Cass., 25 juill. 1892, D. 93. 1. 411, S. 92. 1. 503).

V. — La Filiation.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

****1363. Définition.** — La filiation, prise au sens naturel du mot, est *la descendance en ligne directe*; elle comprend toute la série des intermédiaires qui rattachent une personne déterminée à tel ou tel ancêtre, quelque éloigné qu'il soit; mais dans la langue du droit le mot a pris un sens beaucoup plus étroit, et il s'entend exclusivement du *rapport immédiat du père ou de la mère avec l'enfant.* Cette précision se justifie parce que ce rapport se reproduit identique à lui-même pour toutes les générations. — Le rapport de filiation prend aussi les noms de *paternité* et de *maternité*, quand on l'envisage du côté du père ou de la mère.

La filiation peut donc se définir le *rapport qui existe entre deux personnes dont l'une est le père ou la mère de l'autre.* Ce fait crée la parenté du premier degré, et sa répétition produit les lignes ou séries de degrés.

****1364. Éléments de la filiation.** — La filiation d'une personne se compose d'éléments multiples. Le premier point à établir est l'*accouchement* de la prétendue mère : telle femme a eu un enfant à telle époque; cela suppose donc connus à la fois *le fait de l'accouchement et sa date.* — En second lieu, il faut établir l'*identité* de l'enfant. La personne qui réclame aujourd'hui est-elle bien l'enfant dont cette femme est accouchée autrefois? Cette identité suppose nécessairement qu'il y a concordance entre la date de l'accouchement et l'âge du réclamant, et en outre qu'il n'y a pas eu substitution d'un enfant à un autre.

Quand ces deux points sont avoués ou prouvés, la *maternité*, c'est-à-dire la filiation *à l'égard de la mère* est établie. Quand on en sera là, on pourra passer à la filiation paternelle : Quel est l'homme qui est l'auteur de la grossesse de la mère? La question de *paternité* ne peut se poser qu'autant que la filiation maternelle est déjà connue; on ne peut pas songer à rechercher le père d'un enfant quand on ne sait pas quelle est la mère (1). Il y a donc un défaut de méthode dans la loi, qui s'occupe de la filiation paternelle avant d'avoir traité de la filiation maternelle.

(1) Cependant il existe une exception relative à la filiation naturelle : quand cette filiation est établie par une reconnaissance volontaire, le père de l'enfant peut se faire connaître le premier, à une époque où la mère est légalement inconnue : il se peut même que la filiation maternelle ne soit jamais établie.

***1365. Qualité variable de la filiation.** — La filiation *naturelle* ne suppose rien de plus que les éléments qui viennent d'être indiqués (1). La filiation *légitime* suppose en outre : 1° que les père et mère de l'enfant étaient mariés ; 2° que l'enfant a été conçu pendant leur mariage. Ces deux éléments nouveaux constituent la *légitimité de la filiation.* En principe, la filiation n'est *légitime* que lorsque l'enfant est le fruit d'un mariage régulier, c'est-à-dire lorsque ses deux parents étaient mariés ensemble au moment où sa mère l'a *conçu* ; tout autre enfant est illégitime. Voyez cependant ce qui est dit au numéro suivant de l'enfant *né* pendant le mariage.

La filiation *illégitime* est de plusieurs sortes. En général on qualifie *enfant naturel simple* celui dont les parents n'étaient pas mariés, mais auraient pu se marier ensemble valablement au moment de la conception. On disait autrefois que cet enfant était né *ex soluto et soluta.*

L'enfant est *adultérin* lorsque l'un de ses parents était marié avec une tierce personne au moment de la conception.

Il est *incestueux*, quand ses deux auteurs sont entre eux parents ou alliés à un degré assez proche pour que le mariage leur soit interdit.

***1366. Légitimité des enfants nés pendant le mariage, mais conçus auparavant.** — La nature de la filiation se détermine *d'après la situation juridique des parents au moment de la conception de l'enfant* ; c'est à ce moment qu'il faut se reporter pour la qualifier. On a cependant prétendu que la légitimité était attachée non pas seulement au fait de la *conception*, mais aussi au fait de la *naissance* pendant le mariage. En effet, la loi assimile aux enfants légitimes celui qui est né pendant le mariage, mais qui a été conçu auparavant. Elle en parle dans le même chapitre sous la rubrique : « De la filiation des enfants légitimes *ou nés dans le mariage.* » De plus, elle accorde au mari contre cet enfant l'action en désaveu (art. 314), ce qui implique qu'à défaut de désaveu la paternité du mari sera admise et l'enfant traité comme légitime. On cite en outre, à l'appui de cette opinion, deux passages des travaux préparatoires. Dans l'un, Portalis disait : « Ce caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui *naît* pendant le mariage, soit que cet enfant ait été conçu avant ou après » ; dans l'autre, Regnault de Saint-Jean-d'Angély affirmait que « c'est la naissance de l'enfant, et non sa conception, qui fait son titre » (Demolombe, t. V, nos 61 à 63). L'erreur est manifeste. Par exemple, l'enfant conçu à une époque où ses deux parents étaient libres ne deviendra pas adultérin parce que l'un d'eux se marie avant sa naissance avec une tierce personne (Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 417) ; ce n'est donc pas à l'époque de la naissance que se fixe la qualité de la filiation. Quant à l'assimilation établie par la loi entre les enfants nés pendant le mariage, mais conçus avant, et les véritables enfants légitimes, elle est certaine, mais elle s'explique par l'idée d'une *légitimation* (voyez ci-dessous, n° 1559).

***1367. Condition des enfants légitimes.** — L'enfant légitime possède dans leur plénitude tous les droits qui doivent appartenir à une personne en sa qualité d'enfant d'une autre ; à l'inverse, il est soumis à toutes les charges et obligations que cette qualité entraîne, en matière de puissance paternelle, de tutelle, de mariage, d'adoption, de successions, etc. Il est

(1) Les enfants naturels forment à peu près le onzième du total des naissances : 74 693 enfants naturels en 1901 contre 782 581 enfants légitimes (*Journal officiel*, 14 novembre 1902).

donc inutile d'exposer ici en détail ses droits et ses devoirs. Leur ensemble résulte de la réunion des règles applicables à ces différentes matières.

****1368. Condition des enfants naturels.** — La situation de l'enfant naturel est fort inférieure à celle des enfants légitimes, surtout quand la filiation est *adultérine* ou *incestueuse*. Les enfants qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces dernières catégories sont les plus déshérités de tous, ils ne succèdent pas à leurs parents et *n'ont droit qu'à des aliments*.

Mais la filiation naturelle ordinaire produit un assez grand nombre d'effets, dont voici le tableau d'ensemble.

1° *Transmission du nom.* — Voyez ci-dessus, n° 384.

2° *Puissance paternelle.* — Cette puissance, étant pour les parents plutôt une charge qu'un bénéfice, existe même au profit de l'enfant naturel, mais avec des amoindrissements qui sont indiqués en leur lieu (ci-dessous, n° 1650).

3° *Consentement des père et mère au mariage et à l'adoption.* — L'enfant naturel ne peut se marier, ni se donner en adoption sans obtenir le consentement de ses père et mère (ci-dessous, n° 1587).

4° *Aliments.* — L'obligation alimentaire existe entre l'enfant et ses père et mère naturels.

5° *Successibilité réciproque.* — L'enfant naturel succède à ses parents qui, de leur côté, peuvent lui succéder quand il meurt avant eux (art. 758, 760 et 765).

6° *Incapacité de recevoir.* — La qualité d'enfant naturel entraîne une incapacité partielle de recevoir à titre gratuit (art. 908). Mais le père ou la mère peuvent recevoir des dons et legs de leur enfant sans restriction.

1369. Système allemand. — Le Code civil allemand applique aux enfants naturels un système tout différent. L'enfant naturel est considéré comme n'ayant pas de père : aux termes de l'art. 1589, *son père et lui ne sont pas réputés parents.* Au contraire, dans ses rapports avec la mère et avec les parents de sa mère l'enfant naturel a la même position juridique que l'enfant légitime et il porte son nom de famille (art. 1705 et 1706). Toutefois, la mère n'a pas sur la personne de l'enfant la puissance paternelle (art. 1707) et, de son côté, le père est tenu de pourvoir à l'entretien de l'enfant jusqu'à ce qu'il ait 16 ans accomplis (art. 1708). Voyez Adrien Roux, *Condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil allemand*, thèse, Paris, 1902 ; Michel Halewyck, *La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, Rapport au ministre de la justice (belge), Bruxelles, 1906 ; J. Champcommunal (Suisse, Belgique, Monaco), *Bulletin* de la Société de législation comparée, 1910.

****1370. Limitation de la parenté naturelle à un seul degré.** — Il y a un principe qui n'est écrit nulle part en termes généraux et dont la loi fait une seule fois mention à propos des successions (art. 756 anc., 757 nouv.), mais qui domine toute la théorie du Code Napoléon : c'est que, en dehors de ses père et mère, *l'enfant naturel n'a pas de famille.* La parenté naturelle n'*a qu'un seul degré* et ne va pas au delà ; mais quand la loi en limite ainsi l'étendue, elle nie ce qui est. Il dépend d'elle d'accorder moins de droits aux enfants illégitimes qu'aux autres enfants ; elle ne peut pas supprimer un rapport qui dérive de la naissance et qui est un fait. L'enfant naturel a une famille ; il a en réalité pour parents tous les parents de ses père et mère. La loi a tenu compte quelquefois de cette parenté, par exemple pour le mariage (art. 158, 161, 162) et pour les *successions*

(art. 759 anc., 761 nouv., et 766). La négation de la parenté naturelle au delà du premier degré explique le *refus d'aliments* (ci-dessus, n° 665) et la décision de l'art. 299 C. pén., qui ne qualifie pas de *parricide* le meurtre d'un ascendant naturel.

1371. Prétendue infériorité de la filiation naturelle. — On signale presque toujours, comme une autre infériorité caractéristique de la filiation naturelle, ce fait que ses effets juridiques ne se produisent qu'autant qu'elle est *légalement reconnue.* Cela est vrai, mais cela ne constitue pas pour elle une infériorité, car on en pourrait dire autant de la parenté légitime : elle aussi ne produit ses effets qu'autant qu'elle est *légalement prouvée.* Il n'y a là que l'application d'une idée élémentaire : nul ne peut tirer profit d'un fait qu'il allègue, qu'après l'avoir établi conformément aux règles posées par le législateur. Si les rédacteurs du Code, quand ils ont l'occasion de parler des enfants naturels, insistent souvent pour dire qu'il s'agit d'enfants « légalement reconnus », c'est qu'ils venaient de formuler des règles nouvelles et restrictives sur les modes de preuve de ce genre de filiation, tandis que, dans l'ancien droit, la filiation naturelle était restée à peu près en dehors du droit, et on la constatait comme on pouvait.

1372. Indifférence du mode et du temps de la preuve. — Les effets de la filiation légitime et illégitime sont indépendants du mode de preuve employé pour la constater.

Les effets de la filiation sont en outre *indépendants de l'époque* à laquelle elle a été constatée. Le jugement qui constate une filiation légitime ou naturelle, la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel, peuvent se produire longtemps après la naissance de l'enfant, même après sa mort. Néanmoins tous les effets que la filiation a pu produire, tous les droits qui ont pu s'ouvrir au profit de l'enfant, pourront être réclamés par lui, ou par ses héritiers, ou par tout autre intéressé : il n'y a pas là, à proprement parler, de rétroactivité. Si l'enfant peut réclamer une succession antérieurement ouverte à son profit ; si l'on peut invoquer contre l'enfant naturel son incapacité de recevoir à titre gratuit, quand elle est plus tard reconnue, c'est que la cause qui l'a rendu habile à succéder ou incapable de recevoir est antérieure à sa constatation.

Par dérogation à cette règle générale, la loi restreint considérablement, dans l'intérêt de la famille légitime, les droits de l'enfant naturel, lorsque la reconnaissance de sa filiation a eu lieu dans les circonstances prévues par l'art. 337 (voyez ci-dessus, n°s 1495 et suiv.).

***1373. Différence dans les preuves de la maternité et de la paternité.** — La filiation maternelle seule est susceptible d'être prouvée directement ; le fait de l'accouchement peut être établi par des témoignages avec toute certitude. Au contraire, la paternité n'est jamais qu'une probabilité, le fait de la conception échappe à toute preuve directe ; on se contente de *présomptions* qui ne donnent pas la certitude.

***1374. Différence entre la filiation légitime et la filiation naturelle.** — La naissance d'un enfant légitime est un fait que les parents n'ont pas

d'intérêt à cacher ; c'est au contraire un événement heureux. D'autre part, la loi veut favoriser la famille légitime pour encourager les particuliers au mariage. Aussi la preuve de ce genre de filiation est-elle *facilitée par différents moyens.* — La filiation naturelle est toujours suspecte. Le plus souvent les parents tiennent secrète la naissance de l'enfant ; elle est beaucoup moins notoire ; les erreurs sont plus faciles à commettre, dans l'ignorance où se trouve le public. Aussi la loi se montre rigoureuse pour la preuve de cette filiation, quand elle n'est pas avouée par les parents. La preuve en est donc toujours *difficile* et parfois *prohibée.*

1374 *bis.* **Origine des dispositions du Code.** — Les articles du Code Napoléon relatifs aux modes de preuve de la filiation forment une des parties originales de cette œuvre ; ses rédacteurs n'ont pas été guidés par les travaux doctrinaux de Pothier et des autres jurisconsultes antérieurs. Ils ont tiré toutes leurs décisions des recueils de jurisprudence et de leurs souvenirs de pratique judiciare (BARADUC, *De l'origine historique des preuves de la filiation des enfants légitimes*, Paris, 1906) (1).

CHAPITRE II

PREUVE DE LA LÉGITIMITÉ

§ 1. — *Détermination de l'époque de la conception.*

***1375. Procédé employé pour sa fixation.** — La date exacte de la conception n'est pas susceptible d'être prouvée : on ne peut la déterminer que d'une façon approximative en prenant pour point de départ le jour de la *naissance*, et en calculant la durée probable de la *grossesse.* Mais celle-ci n'a jamais une durée fixe ; elle varie entre des limites assez éloignées. Le

(1) Le procès le plus retentissant est celui qui fut intenté en 1723 par une demoiselle dite *de Saint-Cyr* contre le duc de Vallière : elle était fille adultérine de la duchesse de Choiseul qui l'avait mise au monde clandestinement le 8 octobre 1697 ; au cours du procès on produisit un carnet de l'accoucheur Leduc, décédé depuis dix ans, qui relatait le fait. L'action intentée par elle au criminel fut écartée, mais on l'autorisa à se pourvoir au civil et un arrêt du 18 juillet 1726 la déclara légitime. Tronchet et Portalis firent allusion à cette affaire (FENET, t. X, p. 34 et 37), qui est racontée tout au long dans le *Dictionnaire des arrêts*, de BRILLON (t. III, v° Grossesse, p. 541 ; t. V, v° Registre, p. 731-745, et t. VI, v° Témoin, p. 519-549), ainsi que dans le *Nouveau-Denizart*, v° État, t. VIII, p. 6 et suiv., et p. 17 et suiv. Mais la jurisprudence n'était pas bien fixée, et jusqu'au Code civil, les Parlements admettaient que les tribunaux criminels pouvaient en connaître et que la preuve testimoniale était recevable devant eux sans commencement de preuve par écrit (Arrêt du 19 juillet 1786). Voyez aussi Cass. 25 brumaire an XIII, S. Chr.). Ce fut pour trancher ces difficultés qu'on décida que les tribunaux civils seraient seuls compétents (art. 322) et qu'il faudrait un commencement de preuve par écrit (art. 323). On pourrait de même rapporter toutes les autres dispositions de la loi à d'anciens arrêts : l'art. 320, sur la possession d'état, et l'art. 197 sur la preuve du mariage des parents décédés, se rattachent à une affaire *Bourgelat* plaidée par Cochin (*Œuvres*, 2e édit., t. II, p. 24 et 95), et à une affaire *Foucault* jugée par la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le 29 mai 1770 ; l'art. 322, écartant toute action, quand le titre et la possession d'état sont conformes, nous vient d'une autre affaire célèbre, la réclamation de la dame *de Bruix* se prétendant fille du marquis de la Ferté (arrêt du 9 février 1737, dans COCHIN, *Œuvres*, t. II, p. 98), etc.

moment de la conception ne peut donc pas être déterminé d'une façon précise. On peut seulement *fixer les limites extrêmes entre lesquelles il doit nécessairement se placer.*

1376. Durée possible de la grossesse d'après le Code civil. — Dans notre ancien droit, les tribunaux avaient toute liberté pour juger la question en fait d'après les circonstances et d'après leur opinion personnelle. On vit des arrêts décider qu'une gestation avait pu durer douze mois, quinze mois et davantage, et par conséquent déclarer légitimes des enfants nés plus d'un an après la mort du mari de leur mère. — Les rédacteurs du Code n'ont pas voulu laisser une question aussi grave à l'arbitraire des juges, étant démontré que ceux-ci se laissaient entraîner par des considérations de fait à des solutions aussi étonnantes. Ils s'adressèrent à Fourcroy et lui demandèrent de fixer, d'après les données de la science, les durées extrêmes des grossesses comme longueur et comme brièveté (1). Puis, ayant ainsi en main des documents sérieux, les auteurs de la loi en reculèrent un peu les limites, par faveur pour la légitimité, de façon à être bien sûrs qu'ils ne priveraient aucun enfant légitime de la qualité qui lui appartient, et aussi de façon à obtenir des chiffres ronds faciles à employer. Voici ceux qu'ils ont adoptés (art. 312 et 314). Les gestations les plus courtes durent au moins 180 jours ; les plus longues durent au plus 300 jours. Le Code ayant été rédigé sous le calendrier républicain, dans lesquels tous les mois avaient 30 jours, on voit que la durée légale des grossesses est de 6 mois au moins et de 10 mois au plus. Ces chiffres étaient déjà ceux que donnaient les jurisconsultes romains sur l'autorité d'Hippocrate (*Digeste*, liv. I, tit. 5, fr. 12 ; liv. XXXVIII, tit. 16, fr. 3, §§ 11 et 12). Comme la durée normale est de 275 jours, on voit qu'il reste une marge assez large. Quant à la réduction de la durée minima jusqu'à six mois, elle s'explique parce que les accouchements hâtifs sont fréquents. Fourcroy proposait comme durées extrêmes 186 jours pour les naissances hâtives et 286 pour les naissances tardives. Le Code allemand admet pour les grossesses une durée un peu plus longue : 302 jours (art. 1592).

***1377. Applications.** — La conception se place nécessairement dans l'intervalle compris entre les durées extrêmes assignées à la grossesse. Cet intervalle paraît être de 120 jours (300—180=120) ; en réalité, il est de 121 jours, car la loi a entendu y comprendre, comme jour où la conception a été possible, le 180e jour ayant précédé la naissance. On peut s'en assurer facilement en lisant les art. 312, 313 et 314.

Il suffit qu'un seul de ces 121 *jours se place pendant le mariage, pour que l'enfant soit considéré comme légitime.* La conception a pu avoir lieu ce jour-là, et il est impossible de démontrer qu'elle a eu lieu à un autre moment. Or le vœu de la loi est qu'on se décide toujours en faveur de la légitimité quand il y a doute.

(1) *Précis présenté au Conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, par Fourcroy (Locré, *Lég. civ.*, t. VI, p. 50. — Fenet, t. X, p. 13).

L'enfant légitime étant celui qui *peut avoir été conçu* pendant le mariage, on arrive aux solutions suivantes :

1° NAISSANCES HATIVES. — Tout enfant né dans les 179 jours premiers jours du mariage sera réputé conçu *avant* le mariage. C'est le 180e jour qui est le premier pour les naissances légitimes.

2° NAISSANCES TARDIVES. — La conception sera réputée avoir eu lieu après la dissolution du mariage, si l'enfant naît plus de 300 jours après cette dissolution.

1378. Mode de calcul. — Comment se calculent ces délais? Faut-il compter *d'heure à heure?* Par exemple, l'enfant né plus de 300 fois 24 heures après la dissolution du mariage doit-il être réputé conçu après, et par suite déclaré illégitime, lors même qu'il serait né avant la fin du 300e jour? Le cas s'est présenté devant la cour d'Angers : un homme mourut le 19 mars 1866, à 2 heures du matin ; sa veuve accoucha le 13 janvier 1867 à 8 heures et demie du matin : c'était justement le 300e jour, mais 6 heures et demie trop tard d'après le calcul d'heure à heure. La Cour d'Angers déclara l'enfant illégitime, mais sa décision fut cassée. La Cour de Cassation, suivant en cela l'opinion générale, décida que le temps doit se compter ici d'après les règles ordinaires, par cela seul que la loi n'a apporté aucune dérogation à ces règles. Or quand la loi établit un délai *par jours*, elle entend parler du jour civil, qui va de minuit à minuit, qui forme l'unité normale du temps, et qui se distingue par son nom dans la semaine et par son quantième dans le mois (Cass., 8 févr. 1869, D. 69. 1. 181, S. 69. 1. 215). En sens contraire, Montpellier, 11 juill. 1910, D. 1911. 2. 223, S. 1911. 2. 39).

§ 2. — *De l'action en contestation de légitimité.*

****1379. Définition.** — L'action par laquelle on conteste à un enfant la qualité de légitime s'appelle *action en contestation de légitimité.* Elle suppose que la *filiation* de l'enfant (c'est-à-dire la détermination de ses père et mère) n'est pas en jeu, et que le litige soulevé porte exclusivement sur sa légitimité ou son illégitimité.

***1380. Distinction de la question de légitimité et de la question de paternité.** — On confond souvent ces deux questions. Il importe de les distinguer, car elles sont soumises à des règles fort différentes. Nous ne supposons pas qu'on se demande *quel est le père de l'enfant*, mais seulement *si cet enfant est légitime.* Or il peut être illégitime quoiqu'il ait pour père un individu qui est ou a été marié avec sa mère. La question de légitimité pourra se poser, sans mélange avec la question de paternité, dans les cas suivants :

1° On prétend que *les père et mère de l'enfant n'ont jamais été mariés.* Dans ce cas, quelle que soit l'époque de sa conception, il est impossible que l'enfant soit légitime. — Il en serait de même si on prétendait que le mariage de ses parents est nul, sauf l'application des règles relatives aux mariages putatifs.

2° On prétend que l'enfant est né avant le mariage. Si en effet il est né depuis, il est légitime, quoique conçu avant (ci-dessus, n° 1366).

3° Dans l'hypothèse spéciale où il est né depuis la célébration, mais avant le 180e jour, on prétend qu'il a été conçu à un moment où son père était encore engagé dans les liens d'une précédente union (ci-dessous, n° 1559).

Elle se présente encore comme question principale, bien qu'elle entraîne alors la non-paternité du mari, dans les deux cas suivants :

4° On prétend que l'enfant a été conçu à une époque où l'existence du mariage était déjà incertaine par l'absence du mari de sa mère (ci-dessous, n° 1383).

5° On prétend qu'il est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage (art. 315).

Au contraire la question de légitimité dépendra de la question de paternité lorsque la conception de l'enfant pendant le mariage de sa mère étant certaine, le point en litige sera

de savoir si c'est le mari de la mère qui est le père de l'enfant. Dans ce cas, la légitimité de celui-ci sera la conséquence de la solution affirmative donnée à la question de paternité ; son illégitimité, la conséquence d'une solution négative ; la *filiation paternelle* est contestée ; il n'y a plus simple contestation sur la légitimité.

1381. Personnes munies de l'action. — L'action en contestation de légitimité est ouverte à toute personne intéressée. Toutes les fois qu'une personne aura un intérêt né et actuel à faire constater que l'enfant né d'une femme déterminée n'est pas légitime, ce droit lui sera reconnu, par cela seul que la loi n'a rien dit pour restreindre l'usage de l'action. Ainsi pourront établir l'illégitimité de l'enfant :

1° Les parents du mari qui veulent écarter l'enfant de sa succession ou de la succession d'un autre représentant de la branche paternelle.

2° Les parents de la mère qui veulent réduire sa part dans la succession de celle-ci à la quotité attribuée aux enfants naturels, ou l'écarter de la succession d'un membre de la branche maternelle, car l'enfant naturel ne succède pas aux parents de sa mère.

3° Le mari peut avoir intérêt, après le divorce, à contester la légitimité d'un enfant né de sa femme plus de trois cents jours après la dissolution du mariage.

4° L'enfant lui-même, au cas où un ascendant de sa mère formerait contre lui une demande d'aliments : il ne leur doit rien à raison de sa qualité d'enfant naturel.

1382. Enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. — Cet enfant n'a pas été conçu pendant le mariage, puisque le délai de la gestation la plus longue était déjà expiré quand il est né. Dès lors la loi aurait dû le déclarer de plein droit illégitime ; elle se borne pourtant à dire, dans l'art. 315, que sa *légitimité pourra être contestée*. Il résulte de cette décision de la loi que, si personne ne conteste sa légitimité, l'enfant en conservera le titre et les avantages.

Cette paternité posthume, d'un mari mort depuis longtemps, est contraire au bon sens. On dit que l'État n'est pas intéressé à ce qu'il y ait des bâtards et que, en l'absence d'un intérêt particulier, contraire aux prétentions de l'enfant, on doit le laisser jouir d'une légitimité qui ne porte ombrage à personne. Le raisonnement est peu sérieux. La loi fait une distinction entre les enfants légitimes et ceux qui ne le sont pas, et il y a un intérêt de premier ordre à ce que la distinction soit observée.

1383. Cas où le mari est absent. — Une femme, dont le mari est en état d'absence, a un enfant, et la naissance a lieu plus de 300 jours après la disparition où les dernières nouvelles du mari, c'est-à-dire après le dernier moment où la preuve certaine de son existence peut être fournie. On verra plus loin (n° 1419) que cet enfant ne peut pas être considéré comme étant l'enfant du mari. Quelle sera sa situation par rapport à la mère? On ne peut pas affirmer qu'il soit *adultérin*, car on ne sait pas si le mari vivait encore au jour de sa conception. Il faut donc le traiter comme enfant *naturel simple*, et lui permettre de venir, à ce titre, à la succession de sa mère.

La jurisprudence s'est montrée souvent beaucoup plus favorable pour lui, Dans des hypothèses où l'enfant jouissait en fait de la possession d'état d'enfant légitime, il a été jugé que nul ne pouvait l'empêcher d'exercer ses droits, et on a appuyé cette solution sur la raison suivante : pour prouver que cette possession d'état est imméritée, il faudrait prouver qu'au jour de la conception le mariage de la mère était déjà dissous par le décès de son mari absent, preuve que personne n'est en état de fournir (Cass., 15 déc. 1863, D. 64. 1. 153, S. 64. 1. 27). De pareils résultats froissent le sens moral : il est inadmissible que la femme de l'absent puisse introduire dans la famille, avec le titre d'enfants légitimes, des enfants qui évidemment ne sont pas ceux de son mari. Il est d'ailleurs facile d'y échapper. Les articles qu'on invoque et qui sont empruntés au titre « De la paternité et de la filiation » ne sont nullement applicables ; il ne s'agit pas de filiation, car la maternité est certaine, et la non-paternité du mari l'est également. Il s'agit uniquement de la *légitimité* de la filia-

tion. Or, quand l'enfant prétend exercer les droits d'un enfant légitime, c'est à lui d'établir qu'à l'époque de sa conception le mariage de sa mère existait encore, et comme il est par hypothèse hors d'état de faire cette preuve, il doit être traité comme enfant naturel (Cass., 19 déc. 1906, D. 1907. 1. 289).

CHAPITRE III

PREUVE DE LA MATERNITÉ LÉGITIME

***1384. Différentes manières d'établir la maternité légitime.** — Le réclamant ayant commencé par établir, conformément aux règles expliquées dans le chapitre précédent, que la filiation qu'il réclame, si elle est prouvée, serait une filiation légitime, il ne lui reste plus qu'à prouver : 1° l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, et 2° sa propre identité avec l'enfant né de cette femme. Les moyens mis à sa disposition varient. Dans les conditions normales il se servira de son *acte de naissance* et de sa *possession d'état.* A leur défaut, il sera admis à exercer une *action en justice* pour rechercher sa mère et prouvera alors sa filiation *par témoins* sous les conditions qui seront indiquées plus loin.

§ 1. — *Rôle de l'acte de naissance.*

****1385. Son caractère normal comme mode de preuve.** — L'accouchement, étant un fait pur et simple, devrait pouvoir s'établir par tous les moyens possibles. Mais, à cause de l'importance extrême des effets de la filiation légitime et pour éviter des surprises, la loi a organisé un moyen de preuve particulier, l'*acte de naissance.* Cet acte est à ses yeux la preuve régulière et normale dont on doit se servir. C'est, ainsi qu'on l'a dit, le « passeport » que la société délivre à chacun de ses membres à son arrivée dans le monde. A défaut de cet acte, la loi n'admet que difficilement d'autres preuves. Aussi est-ce lui qui est indiqué le premier dans le chapitre sur les preuves de la filiation (art. 319).

****1386. Ce que prouve l'acte de naissance.** — Ce texte dit que l'acte de naissance prouve « la filiation » (art. 319), mais c'est là une erreur. L'acte de naissance ne prouve pas d'une manière complète la *filiation* ; il prouve seulement, ce qui est bien différent, le fait de la *maternité*, c'est-à-dire l'*accouchement.* La naissance d'un enfant, son sexe, la date de l'accouchement et le nom de la mère, voilà ce que dit l'acte de naissance. Il ne prouve nullement l'*identité* de l'enfant. Cet acte s'applique-t-il réellement au réclamant? L'enfant dont il constate la naissance est-il bien celui qui se présente aujourd'hui? Dans la plupart des cas, l'identité de l'enfant ne sera pas douteuse : son existence n'ayant jamais été cachée, il aura la possession d'état, et son identité ne sera même pas contestée. Si elle l'était,

il serait recevable à en faire la preuve par témoins ou par présomptions, sans qu'on pût lui demander aucun commencement de preuve par écrit. L'art. 323, qui exige ce commencement de preuve, ne lui serait applicable qu' « à défaut de titre » ; or l'enfant dont nous parlons en a un.

§ 2. — *Rôle de la possession d'état.*

***1387. A l'égard de qui elle doit exister.** — A défaut d'acte de naissance, la possession d'état suffit (art. 320). En matière de filiation légitime, elle consiste à passer pour être l'enfant légitime des deux personnes dont on se prétend issu. *Des deux personnes*, et non pas seulement de la mère ; quoiqu'il s'agisse uniquement de prouver la filiation maternelle, la possession d'état doit exister même à l'égard du père. Il y a ici *indivisibilité* : on ne peut pas passer pour être l'enfant légitime d'une femme, si on ne passe pas en même temps pour être l'enfant de son mari.

1388. Pourquoi la possession d'état prouve la filiation. — Le rôle que la loi fait jouer au fait de la possession est tout à fait remarquable. Celui qui possède une maison ne *prouve* pas par là qu'il en est propriétaire ; si on le maintient en possession tant qu'un autre n'apporte pas la preuve que la maison lui appartient, c'est que la possession est protégée pour elle-même. Ici la loi fait quelque chose de plus : elle fonde sur le fait une *preuve par présomption.* La possession *prouve* la filiation de l'enfant, puisqu'elle remplace l'acte de naissance, pour lui *elle vaut titre*, et il en peut tirer à son profit toutes les conséquences juridiques de la qualité qu'il prétend avoir.

Pourquoi donc la loi présume-t-elle que celui qui passe pour être enfant légitime l'est réellement? C'est parce que, *dans l'immense majorité des cas, le fait est ici conforme au droit.* Quand des gens réellement mariés, et dont le mariage est prouvé, élèvent un enfant comme étant le leur, quand cet enfant est connu et accepté pour tel par tous ceux qui sont en relations avec lui, c'est que l'enfant est vraiment né de leur mariage. Les chances d'erreur sont infiniment faibles, et la présomption de la loi, qui admet la possession d'état comme *preuve* de la filiation, est parfaitement raisonnable. Il n'y a aucune contradiction entre cette disposition et celle qui rejette la possession d'état comme preuve du mariage : la possession de l'enfant n'est pas suspecte parce que *ce n'est pas lui qui se l'est donnée* et elle se fonde d'ailleurs sur un premier titre : la preuve régulière d'un mariage valable entre ses parents.

***1389. Qualité requise dans la possession d'état.** — Pour que la possession d'état puisse ainsi servir à étayer la présomption de la loi et dispenser de prouver la filiation, il faut qu'elle ait une qualité particulière : il faut qu'elle soit *constante* (art. 320). Comment devons-nous entendre ce mot? Il peut signifier possession *avérée* (non contestée), ou possession *ininterrompue* (sans lacune). Le sens en est fixé par l'article suivant qui, en indiquant les faits constitutifs de la possession, dit que l'enfant doit avoir *toujours* porté le nom de son père et avoir été *constamment* reconnu pour tel par la société. C'est ce que Portalis entendait par « possession constante », quand il lui opposait « des faits de possession *isolés* et *passagers* », qui ne feraient pas preuve entière (Fenet, t. X, p. 79).

****1390. Ce que prouve la possession d'état.** — La possession, à la différence de l'acte de naissance, est une preuve *complète* de la filiation, car elle prouve à la fois l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant. Celui qui a la possession d'état n'a donc en réalité rien à prouver. La présomption de la loi le couvre entièrement.

***1391. Conflit entre l'acte de naissance et la possession d'état.** — On doit prévoir le cas, qui sera rare, où l'enfant aura une possession d'état contraire aux indications de son acte de naissance. Alors la *possession d'état n'est pas prise en considération.* Foi est due au titre, au moins provisoirement, tant que l'enfant ou les tiers n'apporteront pas de preuve contraire. La possession ne produit d'effet utile qu'autant qu'elle est conforme à l'acte de naissance, auquel cas elle le rend inattaquable (ci-dessous, nº 1392), ou qu'il n'y a pas d'acte de naissance, auquel cas *elle dispense l'enfant de toute espèce de preuve* (ci-dessus, nºs 1384 et 1386). C'est ce que nous devons induire de l'art. 320 qui dit : « *A défaut de titre*, la possession d'état... suffit ».

§ 3. — *De la recherche en justice de la maternité légitime.*

A. — Cas où cette recherche est permise.

***1392. Effet de la conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état.** — Dans quels cas l'action ayant pour objet la recherche de la filiation pourra-t-elle être intentée soit par l'enfant, soit par les tiers? La loi n'en autorise pas toujours l'exercice. En effet, l'art. 322 *prohibe en termes absolus toute contestation sur la filiation de l'enfant* lorsqu'il possède un acte de naissance corroboré par une possession d'état conforme. Ce qui justifie cette prohibition, c'est que la réunion de ces deux conditions rend aussi vraisemblable que possible la vérité du fait. Sans doute on peut concevoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la prévision de la loi se trouvera en défaut. Il peut y avoir eu supposition de part ou substitution d'enfant ; les époux qui n'ont pas d'enfants ou qui ont eu un enfant mort-né peuvent s'en procurer un autre, le présenter à l'état civil sous leur nom, l'élever, et le faire passer pour leur enfant. Mais le législateur français ne s'est pas arrêté devant cette possibilité d'erreur, car de telles fraudes réussissent rarement. Il a jugé que la sécurité des particuliers méritait bien qu'on passât par-dessus l'objection, et il a décidé qu'aucune preuve contraire ne pourrait être reçue, ni de la part de l'enfant, s'il voulait réclamer une filiation différente, ni de la part des tiers qui chercheraient à contester la réalité de sa filiation. L'art. 322 s'en explique très clairement, et ses termes ne souffrent aucune exception. C'est sous la protection de cette rigueur tutélaire que nous vivons presque tous. Comp. Poitiers, 1er déc. 1869, D. 71. 2. 17.

***1393. Cas où l'action est libre.** — Dans tous les autres cas la recherche de la maternité est permise (art. 323). On peut les classer de la manière suivante :

1° L'enfant a un titre, mais aucune possession d'état, et il prétend avoir été inscrit sous de faux noms.

2° L'enfant a un titre et une possession d'état, mais qui sont contradictoires. Il est provisoirement considéré comme ayant pour parents les personnes qu'indique son acte de naissance, mais il est recevable à démontrer que son titre est mensonger, et que ses parents sont réellement ceux qu'il passe pour avoir. Il pourrait même se prétendre issu d'autres personnes, qui ne lui sont attribuées comme parents ni par son titre ni par sa possession d'état.

3° L'enfant n'a pas de titre, mais il a une possession d'état. Il peut s'en contenter, puisqu'elle vaut titre, mais il lui est permis de démontrer qu'elle est fausse.

4° L'enfant n'a ni titre ni possession d'état.

— L'absence de titre peut provenir soit de ce que l'enfant n'a pas été inscrit du tout, soit ce de qu'il a été inscrit comme né de père et mère inconnus, car dans ce cas l'acte de naissance n'est pas un *titre*, puisqu'il ne donne à l'enfant aucune filiation.

***1394. A qui l'action est ouverte.** — Dans tous les cas où l'enfant est recevable à rechercher sa filiation, *les tiers ont également le droit d'agir contre lui* pour contester celle qu'il paraît avoir, soit en vertu de son titre, soit par la possession d'état.

B. — Modes de preuve.

***1395. Condition requise pour l'admissibilité de la preuve testimoniale.** — Il s'agit de prouver non pas des *actes juridiques*, mais des *faits purs et simples* : l'accouchement d'une femme et l'identité de l'enfant. D'après les règles ordinaires sur la preuve, tous les moyens propres à convaincre le juge devraient être acceptés, entre autres la *preuve par témoins*. Mais la loi se défie des témoignages ; les intérêts en jeu sont considérables, et valent bien quelques sacrifices d'argent : on a donc à redouter la production de témoignages achetés. Par conséquent, la loi ne veut pas que la preuve testimoniale soit admissible si rien ne vient corroborer les témoignages ; le réclamant ne pourra pas, de prime abord, demander l'*enquête* (audition des témoins par le juge). Il ne le pourra qu'autant que sa prétention sera déjà rendue vraisemblable par un *commencement de preuve*, c'est-à-dire par quelque chose qui vient à l'appui de sa demande, mais n'est pourtant pas de nature à lever tous les doutes et à entraîner la conviction des juges (art. 323, al. 2) (1). La preuve ainsi commencée pourra être *complétée* par les dépositions des témoins. Quels sont donc les « commencements de preuve » qui donnent ainsi passage à la preuve par témoins? Il peut en exister de deux sortes : des *écrits* ou des faits matériels ou *indices*.

***1396. Du commencement de preuve par écrit.** — De droit commun le commencement de preuve par écrit doit *émaner de celui à qui on l'oppose* ou des personnes qu'il représente (art. 1347). Un écrit émané d'une tierce personne n'en peut pas faire l'office. En matière de filiation, on trouve dans l'art. 324 une disposition qui entend le commencement de preuve par écrit d'une façon beaucoup plus large ; la loi admet comme tels « les titres de famille, registres et papiers domestiques du père et de la mère ; les actes publics et même privés *émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante* ». La dérogation consiste à permettre d'opposer à l'adversaire des pièces qui n'ont été ni écrites ni signées par lui. Ceci tient à ce que, dans les affaires ordinaires, la seule personne qui puisse avoir intérêt à contester la convention est celle avec laquelle on a traité, tandis que pour la filiation l'enfant peut se trouver en conflit avec une infinité de gens, et on ne pouvait raisonnablement exiger de lui qu'il eût la précaution de se munir d'une preuve écrite émanée de chacun d'eux : il ne sait même pas d'avance contre qui il aura un jour à établir sa filiation.

(1) Cette disposition est une innovation du Code, conforme d'ailleurs au dernier état de la jurisprudence antérieure (DENIZART, *Collection nouvelle*, 2e édit., 1783-1790, t. VIII, v° *État*, § 3 ; GUYOT, *Répertoire*, édit. de 1784, v° *État*).

La loi cite parmi les pièces dont on devra tenir compte les papiers des père et mère ; on doit y ajouter foi sans distinguer si les père et mère sont vivants ou décédés, s'ils sont ou non engagés dans la contestation. Quant aux actes émanés d'autres personnes, la loi n'admet que ceux qui proviennent d'un adversaire de l'enfant (c'est ainsi qu'il faut traduire les mots « engagés dans la contestation »), ou d'une personne décédée qui aurait eu un intérêt contraire au sien, si elle avait vécu. On devine pourquoi : les actes émanés de toute autre personne sont suspects, parce qu'ils ont pu être faits pour favoriser l'enfant, tandis que ses adversaires avaient intérêt à ne rien écrire qui pût rendre sa prétention vraisemblable.

***1397. Du commencement de preuve par indices.** — A défaut d'écrits, le commencement de preuve peut résulter de *faits* ou *d'indices matériels* qui font naître une *présomption grave* en faveur de l'enfant (art. 323). Les « faits » de ce genre seront, par exemple, la conduite tenue envers lui par ses prétendus père et mère ou par les autres membres de la famille ; comme exemples d' « indices », on peut citer la ressemblance du visage, de la voix, du corps ou tout autre phénomène d'hérédité physique, ou encore les circonstances dans lesquelles l'enfant a pu être abandonné, la marque du linge qu'il portait, etc. — Ce sera là encore un commencement de preuve, mais qui se fera, non plus par l'écriture, mais par les faits. La demande étant ainsi rendue vraisemblable, l'audition des témoins proposés par l'enfant pourra être ordonnée.

***1398. Rôle exceptionnel attribué aux faits ou indices matériels.** — Sur ce point nous rencontrons une dérogation grave aux règles ordinaires. De droit commun, les présomptions tirées d'indices matériels ne servent pas à rendre admissible la preuve par témoins quand elle ne l'est pas par elle-même ; leur rôle est tout autre dans la théorie ordinaire de la preuve. Les présomptions ont en général *la même valeur que les témoins* : elles sont recevables quand les témoins le sont, et elles remplacent les témoignages quand il n'y en a pas (art. 1353). De plus, quand elles sont recevables, elles font à elles seules *preuve entière*. On voit qu'ici (en matière de filiation), la loi donne aux présomptions tirées de faits matériels une fonction anormale, en s'en servant seulement comme d'une garantie matérielle pour donner plus de créance aux témoignages et en faisant de leur existence une condition préalable à l'audition des témoins.

***1399. Cas où la preuve est admise d'après le droit commun.** — Bien entendu, ces précautions et ces restrictions ne sont pas applicables lorsque l'enfant se trouve dans les hypothèses prévues par l'art. 46 (*inexistence et perte des registres*). Quand nous parlons de recherche de maternité, nous supposons que les registres existent et ont été tenus régulièrement, mais que l'enfant prétend qu'on a omis de déclarer sa naissance, ou qu'on l'a déclaré sous de faux noms, ou qu'on a caché les noms de ses père et mère, ou encore qu'il ignore le lieu et la date de sa naissance.

C. — Règles spéciales aux actions en recherche de maternité légitime.

***1400. Double dénomination de l'action.** — Les actions qui peuvent être exercées à propos de la maternité sont de deux sortes.

1° Les unes sont exercées *par l'enfant* ou de son chef par ses représentants ou ayants cause et elles ont pour but de rechercher sa véritable filiation ; elles supposent donc que l'enfant n'a pas la possession d'état ou que cette possession est contredite par son titre. On les appelle *actions en réclamation d'état.*

2° Les autres sont dirigées *contre l'enfant par des tiers*, qui veulent lui enlever le bénéfice de la possession qu'il a, ou critiquer son titre, s'il en a un. On les appelle *actions en contestation d'état.*

Les unes et les autres sont soumises aux mêmes règles, et au fond c'est toujours le même question qui s'agite : « Quelle est la mère véritable de l'enfant? »

1401. Imprescriptibilité de l'action. — Les actions en réclamation ou en contestation d'état sont donc *imprescriptibles* (ci-dessus, n° 436). L'art. 328 le dit pour les récla-

mations d'état. Il ne faudrait pas conclure de ce texte que l'action en contestation d'état est prescriptible ; l'art. 328 n'est que l'application d'un principe général, et la règle est la même pour les deux catégories d'actions.

Mais si l'état considéré en lui-même est imprescriptible, il en est autrement des *droits pécuniaires* qui en dépendent. Ainsi la qualité d'enfant donne le droit de succéder. La succession du père étant ouverte, si trente ans se passent sans que l'enfant réclame, il a perdu tout droit sur la succession paternelle : son action *en pétition d'hérédité* est prescrite parce qu'elle était purement pécuniaire.

1402. Impossibilité de transiger. — Toute transaction sur une recherche de filiation est complètement nulle, parce qu'on ne peut pas donner à l'enfant par contrat une filiation qui n'est pas la sienne, pas plus qu'il ne peut lui-même renoncer à celle qu'il a. Comp. ci-dessus, nº 436-2º.

Mais si toute transaction est impossible sur l'état lui-même, il est permis de transiger sur les divers droits pécuniaires dérivant de la filiation. Par exemple, après avoir commencé une réclamation d'état à propos de la succession d'une femme qu'il prétend être sa mère, l'enfant renonce à son action : la transaction lui fait perdre tout droit sur cette succession, mais elle ne l'empêchera pas d'agir à nouveau pour rechercher sa mère.

***1403. Compétence exclusive des tribunaux civils.** — Aux termes de l'art. 326, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions relatives à la filiation. Les « tribunaux civils » sont les *tribunaux civils d'arrondissement* et les *cours d'appel.* — La loi déroge ici à une grande règle de procédure, d'après laquelle le juge, compétent pour statuer sur une action portée devant lui, a par cela même compétence pour statuer sur les questions incidentes soulevées au cours du procès, alors même que ces questions auraient dû être portées devant une autre juridiction si elles s'étaient produites comme demandes principales. Ce qu'on exprime par la maxime : « Le juge de l'action est juge de l'exception. »

De la règle exceptionnelle établie par l'art. 326, il résulte que les *tribunaux de commerce* et les *juges de paix*, ne pouvant pas trancher les questions de filiation qui surgissent incidemment devant eux, sont obligés de surseoir et de renvoyer les parties devant le tribunal civil afin de faire juger la question d'état. D'ailleurs, d'après l'art. 426 C. proc. civ., ces tribunaux spéciaux sont incompétents, non seulement en matière de filiation, mais pour toutes les questions d'état (1).

Il résulte surtout de l'art. 326 que les tribunaux répressifs, même les *cours d'assises*, qui ont cependant une compétence très étendue, doivent s'abstenir de juger les actions en réclamation d'état. Le texte qui en réserve la connaissance aux tribunaux civils a été introduit intentionnellement contre eux. — Sur ce point, le Code innove. Les tribunaux répressifs avaient auparavant qualité pour juger toutes les questions qui se présentaient devant eux ; mais on verra (ci-dessous, nº 1405) que la jurisprudence moderne leur a maintenu en grande partie la connaissance des questions d'état et qu'elle a circonscrit d'une manière fort étroite l'application de l'art. 326 aux affaires criminelles.

1404. Discussion des motifs de l'art. 326. — Devant les tribunaux criminels, la preuve par témoins était jadis recevable, sans condition ni garantie aucune. Comme on venait d'ordonner une mesure de précaution, en exigeant un commencement de preuve par écrit ou des indices matériels sérieux, pour éviter des fraudes dans les actions en recherche de filiation, on a voulu retirer aux tribunaux criminels la connaissance de ces actions. On a craint qu'un individu, plaidant la question devant ces tribunaux, ne tournât la loi et n'arrivât à produire des témoins sans aucun commencement de preuve. Des abus

(1) Il y a une juridiction d'exception devant laquelle se posent fréquemment des questions relatives à l'état des personnes : ce sont les *conseils de revision* ; les dispenses de service militaire accordées par la loi dépendent souvent de la situation de famille des individus. Le conseil statuait jadis sans renvoyer l'affaire aux tribunaux civils, mais sa décision n'avait point l'autorité de la chose jugée sur le fond de la question (Cass., 5 déc. 1885, D. 87. 1. 93). La loi militaire du 21 mars 1905, art. 28, lui ordonne de surseoir ou de ne rendre qu'une décision conditionnelle.

de ce genre s'étaient commis dans l'ancienne jurisprudence (1); on a voulu y mettre un terme (FENET, t. X, p. 229).

Or cette jurisprudence ancienne reposait sur une erreur de droit. Il est parfaitement vrai qu'en principe la preuve testimoniale est admissible devant les tribunaux criminels sans commencement de preuve par écrit. Mais pourquoi? Parce que d'ordinaire ce qu'on a besoin de prouver devant eux est un *délit*, c'est-à-dire un *fait matériel* dont on n'a pas pu se procurer une preuve écrite; on le prouve comme on peut. Mais lorsqu'on a besoin de prouver devant ces tribunaux un acte juridique, ou même un simple fait pour lequel une disposition particulière de la loi exige un mode de preuve spécial, comme c'est justement le cas pour la filiation, on est tenu d'apporter une preuve écrite, fût-ce devant le jury. En effet, la preuve à faire se détermine *d'après la nature du fait à prouver*, et elle ne varie pas avec la juridiction devant laquelle la preuve doit être fournie. Par exemple, la violation de dépôt est un délit; elle peut donc se prouver par témoins. Mais pour qu'il y ait violation de dépôt, il faut qu'il y ait eu un dépôt effectué. Or le dépôt est un contrat et il doit en principe se prouver par écrit. Si le fait du dépôt est contesté, son existence devra être prouvée par écrit, quoiqu'on se trouve devant la justice répressive (Cass., 3 juin 1892, D. 93. 1. 300, S. 92. 1. 431). — L'abus que redoutaient les auteurs du Code n'était donc pas réellement à craindre, si on pouvait assurer une stricte observation des principes; mais il faut observer que le jury ne motive pas ses décisions.

1405. Interprétation restrictive de l'art. 326. — L'art. 326 a été interprété par la jurisprudence d'une manière restrictive, et de telle façon que les tribunaux de répression tranchent fréquemment des questions d'état. D'abord on a reconnu que l'art. 326 est spécial aux procès sur la filiation et ne s'étend pas aux autres questions d'état. Ensuite, même pour les questions de filiation, on admet que la loi n'en retire pas d'une manière absolue la connaissance aux juridictions répressives. L'art. 326 n'a pour but que d'empêcher les réclamations d'état de se former au criminel *par voie d'action principale*. EXEMPLE : L'enfant prétend que le titre qui constatait sa filiation (l'acte de naissance) lui a été enlevé par un fait criminel (délit de suppression d'état); l'art. 326 arrêtera son action : la poursuite au criminel ne pourra avoir lieu qu'après que la question de filiation aura été jugée au civil par les tribunaux compétents. Mais la loi n'a pas entendu dessaisir les juridictions de répression quand la question de filiation se présente devant elles *d'une manière incidente*. EXEMPLE : Un individu est poursuivi devant une cour d'assises pour crime de parricide; il nie tout rapport de filiation entre lui et sa victime. En pareil cas, les magistrats chargés de l'instruction, et après eux le jury, ont compétence pour apprécier ce moyen de défense et pour se prononcer sur le rapport de filiation (Cass., 6 mars 1879, D. 79. 1. 316 et la note). La décision rendue au criminel ne sert qu'à déterminer un des éléments constitutifs du crime pour le faire qualifier « parricide », et n'obtient pas l'autorité de la chose jugée sur la question de filiation au point de vue civil.

1406. Exception préjudicielle à l'exercice de l'action publique. — La compé-

(1) La jurisprudence admettait, conformément aux conclusions de l'avocat général Gilbert des Voisins dans l'affaire Choiseul en 1724 (voyez *ci-dessus*, n° 1374 *bis*), que lorsqu'il s'agit de poursuivre au criminel une suppression d'état, la disposition de l'ordonnance civile ne faisait pas obstacle à l'admission de la preuve par témoins : en matière de crimes la justice ne rejette aucune sorte de preuves. Ce n'est que plus tard, en 1813, que le principe nouveau fut admis dans la *Note secrète* du Président Barris, qui oblige les juridictions criminelles à statuer sur les questions civiles qu'elles ont à résoudre en se conformant aux règles du droit civil sur les preuves. Cette *Note* avait pour but de fixer la jurisprudence sur les *questions préjudicielles*, qui s'élèvent fréquemment devant les juridictions répressives, quand un point de droit civil, commercial ou administratif se présente et doit être résolu préalablement à la question de droit pénal qui leur est soumise et qui est seule de leur compétence. Le texte en a été publié par MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 1re édition, 1837 ; 3e édit., 1876, t. I, n° 240 ; par HOFFMAN, *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles*, 1865, t. I, n° 216, p. 354 en note, et par LE SELLYER, *De la compétence et de l'organisation des tribunaux répressifs*, 1875, t. II, n° 623. On la trouve dans DALLOZ, *Répertoire*, v° Question préjudicielle, n° 7 : elle mérite d'attirer l'attention non seulement par son importance, mais par son caractère qui la rapproche singulièrement des anciens arrêts de règlement interdits par l'art. 5.

tence exclusive attribuée aux tribunaux civils amène une conséquence de procédure qui est une *dérogation remarquable aux règles du droit commun.* D'ordinaire, le Ministère public a le libre exercice de l'action publique qui lui est confiée (art. 1 C. Instr. crim.). En matière de suppression d'état, l'initiative de l'action ne lui appartient plus ; il ne peut agir qu'après que les parties intéressées ont exercé leur action au civil et obtenu un jugement constatant la vraie filiation de l'enfant. Cette conséquence du principe établi par l'art. 326 est ainsi formulée dans l'art. 327 : « L'action criminelle contre un délit de suppression d'état (1) *ne pourra commencer* qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » La loi veut assurer la connaissance de la question d'état au tribunal civil et empêcher un autre tribunal de la résoudre avant lui. De cette façon, la question arrive devant le tribunal civil sans avoir été *préjugée* par d'autres.

La question de filiation forme ainsi, par rapport à la poursuite criminelle, ce qu'on appelle une *question préjudicielle.* Or il y a deux sortes de questions préjudicielles. Les unes n'empêchent pas le juge criminel d'être régulièrement saisi de la poursuite ; elles l'empêchent seulement de statuer avant que la question préjudicielle soit résolue par le tribunal compétent : ce sont les questions *préjudicielles au jugement.* Les autres empêchent même l'exercice de l'action, qui ne peut pas être valablement intentée avant leur propre solution : ce sont des questions *préjudicielles à l'action.* C'est parmi ces dernières qu'il faut ranger la question préjudicielle portant sur la filiation, puisque le texte porte que l'action publique « ne pourra commencer » qu'après le jugement rendu (2). — Sur une fausse interprétation qu'on donnait communément en cette matière, voyez Garçon, *Étude doctrinale de la question préjudicielle de suppression d'état* (*Journal des Parquets*, 1905, et *Code pénal annoté*, 3e fascicule).

D. — Transmission de l'action aux héritiers.

***1407. Caractère personnel de l'action en réclamation d'état.** — Le droit qui appartient à l'enfant de rechercher sa véritable mère devrait appartenir également à ses propres enfants, et l'action devrait conserver entre leurs mains les mêmes caractères qu'elle avait pour lui de son vivant, car en recherchant la filiation de leur père ou de leur mère, c'est leur propre filiation qu'ils recherchent ; pour eux aussi, c'est une question d'état. Telle n'est pas cependant la manière de voir du législateur. Dans les art. 323, 325, 328, il n'ouvre l'action en réclamation d'état qu'à l'« enfant », et ce mot doit s'entendre uniquement de l'enfant au premier degré, du *fils* ou de la *fille.* Quant aux descendants plus éloignés, ils sont compris dans l'expression générale d' « héritiers » des art. 329 et 330. Par suite, ils

(1) Le Code civil semble ici faire allusion à un délit particulier qui aurait pour effet de priver l'enfant de la preuve régulière de sa filiation et qui porterait le nom de *suppression d'état.* Ce délit existait bien dans le *Code pénal* de 1791 (2e part., tit. II, sect. I, art. 32), mais il a disparu dans le Code pénal de 1810. Cela ne fait pas que la suppression d'état reste impunie, mais elle ne peut plus être atteinte en vertu d'une incrimination générale englobant tous les cas où elle a lieu. Elle est aujourd'hui visée par des textes variés et *qualifiée d'après les moyens* qui ont servi à la perpétrer. C'est tantôt un faux en écriture (art. 145-146-147 C. pén.), tantôt une omission de déclaration (art. 346 C. pén.), une inscription de l'acte sur feuille volante (art. 192 C. pén.), une destruction des registres de l'état civil (art. 439 C. pén.), tantôt enfin un recélé, une substitution ou une supposition d'enfant (art. 345 C. pén.).

(2) La règle exceptionnelle établie pour les actions en recherche de filiation empêche certainement l'exercice de l'action criminelle jusqu'au jugement de l'affaire au civil, *lorsqu'il y a un procès civil engagé sur la question de filiation.* En est-il encore de même *lorsqu'il n'y a aucune action civile pendante?* D'après une jurisprudence constante, la règle de l'art. 327 est absolue et le ministère public ne peut jamais poursuivre un fait de suppression d'état, tant que la partie lésée n'a pas saisi les tribunaux civils de sa réclamation (Cass., 30 nov. 1876, D.77. 1. 459, S. 77. 1. 433 ; Paris, 25 mars 1891, D. 93. 2. 63). Cette jurisprudence est contestée par quelques commentateurs du Code civil, conformément à une opinion émise par Merlin (*Répertoire*, v° *Question d'état*, § 2) ; elle a, en effet, l'inconvénient de permettre aux particuliers de paralyser par leur abstention l'action du ministère public. Mais le texte de la loi est bien formel : l'action criminelle ne *peut commencer* qu'après le jugement rendu au civil.

ne peuvent agir qu'*à titre d'héritiers*, et dans la mesure restreinte où la loi le permet à ceux-ci ; ils n'ont pas l'action *de leur chef*, ils ne peuvent l'avoir qu'autant qu'elle leur a été *transmise* par l'enfant. On justifie cette solution en disant qu'il faut mettre un terme aux réclamations de ce genre, qui sans cela auraient une durée illimitée ; le Code a voulu assurer le repos des familles.

Le principe, sous-entendu dans les art. 329 et 330, est donc que l'action est *personnelle à l'enfant* et qu'il ne la transmet pas avec ses autres droits à ceux qui sont ses héritiers et ses successeurs universels, soit en vertu de la loi, soit en vertu de son testament. L'état est intransmissible ; c'est une qualité de la personne, qui meurt avec elle. Par « filiation » la loi entend uniquement le *rapport de mère à enfant.*

1408. Cas exceptionnel de transmission de l'action aux héritiers. — Cependant le principe de la personnalité de l'action serait trop dur, si on l'appliquait à la rigueur. On a donc permis aux héritiers d'exercer l'action en recherche de la maternité, du chef du défunt, toutes les fois qu'il est raisonnable de croire que celui-ci *est mort sans y avoir renoncé.*

a) L'action peut être *intentée* par les héritiers lorsque l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années qui suivent sa majorité (art. 329). On présume alors que sa jeunesse seule l'a empêché d'agir, et qu'il est mort avant d'avoir eu le temps de le faire. S'il meurt âgé de plus de 26 ans, il est considéré comme ayant renoncé à son action.

b) Même lorsque l'enfant meurt après sa 26e année, ses héritiers peuvent encore *continuer* l'action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, et que celui-ci est mort sans avoir abandonné le procès (art. 330).

1409. Abandon de l'instance par l'enfant. — Pour que les héritiers soient autorisés à suivre l'action commencée par l'enfant, il faut qu'elle soit encore *pendante* au jour de son décès. Aussi l'art. 330 suppose-t-il que celui-ci ne s'est pas *désisté* de sa prétention, et qu'il n'y a pas eu *péremption d'instance* par l'interruption des poursuites pendant trois années consécutives. L'effet du désistement ou de la péremption étant d'effacer toute la procédure, on ne pourrait plus dire que l'enfant est mort « pendente lite ».

Le désistement et la péremption n'ont pour effet de priver les héritiers de l'action qu'autant que l'enfant est mort après sa 26e année. S'il est mort plus jeune, après avoir abandonné une instance engagée, l'art. 329 permet néanmoins à ses héritiers de renouveler l'action comme il aurait pu le faire lui-même. Le désistement et la péremption n'ont éteint que la procédure ; le droit d'action subsistait au profit de l'enfant, et, tant qu'il n'a pas dépassé 26 ans, ce droit est transmissible à ses héritiers.

1410. Caractère de l'action après sa transmission. — Lorsque l'action passe aux héritiers par application de l'art. 329, elle change de nature en leur arrivant. Ce n'est plus pour eux qu'une action ordinaire, et elle est soumise à la *prescription* de 30 ans ; c'est seulement à « l'égard de l'enfant » que l'art. 328 la déclare imprescriptible. La prescription court contre les héritiers à dater du jour où naît leur intérêt personnel. Rien ne les empêche non plus d'y *renoncer* et de *transiger*. Ces différences tiennent à la diversité des situations : entre les mains des héritiers, l'action n'a plus d'autre objet que des intérêts pécuniaires.

CHAPITRE IV

PREUVE DE LA PATERNITÉ LÉGITIME

§ 1. — *Présomption de la paternité du mari.*

****1411. Objet et motif de la présomption.** — Le fait de la paternité ne peut pas être prouvé. Si l'enfant né d'une femme mariée était réduit à

démontrer que sa conception a été l'œuvre du mari de sa mère, il n'y réussirait presque jamais. La loi vient à son secours en établissant à son profit une *présomption légale.* On appelle « présomption » la conséquence qu'on tire d'un fait connu à un fait inconnu ; le fait connu est l'état de mariage dans lequel a vécu la mère de l'enfant, le fait inconnu est la paternité. Qui est le père de son enfant? La loi présume que c'est le mari. Elle y est autorisée parce que les enfants qui naissent pendant le mariage ont d'ordinaire pour père le mari de leur mère. Sans doute la mère a pu être une épouse infidèle, mais la loi doit prendre comme règle le fait ordinaire et non pas le fait exceptionnel. De là cette règle : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » (art. 312, al. 1), ou suivant la forme latine : « Pater is est quem nuptiæ demonstrant. »

****1412. Effet de la présomption.** — Grâce à cette présomption de paternité établie par la loi contre le mari de sa mère, l'enfant se trouve *dispensé de produire une preuve directe de sa filiation paternelle.*

Il en résulte que, quand la filiation maternelle est prouvée par l'enfant, ou quand elle n'est pas contestée, la filiation paternelle se trouve démontrée du même coup. On n'a pas à chercher le père : c'est le mari de la mère.

1413. Condition d'existence de la présomption. — Pour que cette présomption s'applique au mari, il faut évidemment que la maternité de sa femme soit établie *par des preuves à lui opposables.* Si l'enfant prouve sa filiation maternelle par l'acte de naissance, il a en main un titre opposable à tout le monde, même à son père ; celui-ci subit nécessairement l'application de l'art. 312 (1). Mais si l'enfant a été réduit à prouver sa filiation maternelle par témoins, son titre n'est plus un acte de l'état civil, c'est un *jugement* ; la preuve dont il se sert n'est plus absolue, elle est *relative.* Il devra donc s'arranger de façon à rendre le jugement qu'il obtient contre sa mère opposable à son père, et il n'a pour y arriver qu'un moyen, c'est d'appeler son père en cause ; quand il a pris cette précaution, la chose est jugée même à l'égard du père.

1414. Cas où la présomption s'applique à la fois à deux maris. — Il est possible qu'un enfant ait légalement deux pères. Supposons qu'une femme, malgré la défense de la loi, se remarie immédiatement après son veuvage ou son divorce, en trompant la vigilance des officiers de l'état civil. Si cette femme accouche après son second mariage, moins de 300 jours après la dissolution du premier, la présomption de paternité pèsera à la fois sur deux maris successifs. La plupart des auteurs confient alors aux tribunaux le soin de décider lequel des deux est le père. Il n'y a pas d'autre moyen de sortir de la difficulté, car les deux présomptions de paternité se neutralisent. La même difficulté se présente en cas de bigamie de la mère, lorsque le second mariage vaut comme mariage putatif.

***1415. Enfants protégés par la présomption de paternité.** — La présomption de la loi ne profite qu'aux enfants *conçus pendant le mariage* (art. 312). Voyez toutefois ci-dessous, n° 1417. On a vu plus haut (n° 1376)

(1) Pour que l'acte de naissance rende applicable au mari la présomption de l'art. 312, il suffit qu'il énonce exactement le nom de la mère de l'enfant. Peu importe ce qu'il contient relativement à la filiation paternelle ; le nom de la mère étant connu, le nom du père l'est également : c'est le mari de la mère (Cass., 13 juin 1865, D. 65. 1. 410.). Ainsi il n'y a pas à distinguer suivant que l'enfant a été attribué à un autre qu'au mari de sa mère ou qu'il a été inscrit comme né d'un père inconnu. Toute indication contraire à la présomption de la loi est sans force contre cette présomption. Comp. trib. civ. Cambrai, 30 avril 1903, D. 1905. 2. 180.

que, par l'effet des règles légales sur la durée probable des grossesses, on répute conçu pendant le mariage tout enfant qui naît plus de 179 jours après la célébration ou moins de 300 jours après le dissolution.

Mais tous les enfants conçus pendant le mariage n'en profitent pas également. Voyez ci-dessous, nos 1418 et 1419.

1416. Enfant conçu après la dissolution du mariage. — L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère n'est pas légalement réputé avoir pour père le mari de celle-ci : il n'est pas protégé par la présomption « Pater is est... » Par conséquent sa légitimité, s'il y prétend ou s'il en jouit en fait, peut être contestée par toute personne intéressée (art. 315 et ci-dessus, no 1382).

****1417. Enfant conçu avant le mariage et né après.** — Rationnellement la présomption légale de paternité ne devrait peser sur le mari qu'autant que l'enfant est né plus de 179 jours après la célébration du mariage, car tout enfant né plus tôt a été nécessairement conçu à une époque où il n'y avait ni mariage ni mari. Cependant l'art. 314 suppose que cet enfant est couvert par la présomption légale, puisqu'il oblige le mari à exercer contre lui l'action en désaveu, s'il prétend ne pas en être le père. Ainsi, à défaut d'un désaveu régulier, cet enfant est attribué au père. C'est là une extension remarquable de la présomption écrite dans l'art. 312, car cet article parle seulement de l'enfant « conçu » pendant le mariage : l'enfant dont parle l'art. 314 a été conçu avant, et il est seulement né pendant le mariage. En combinant les deux art. 312 et 314 on doit dire que la règle « Pater is est... » s'applique à la fois aux enfants *conçus* et aux enfants *nés* pendant le mariage.

La décision de la loi, en ce qui concerne ces derniers, se justifie par une considération décisive. Ordinairement, quand un mariage se fait dans de pareilles conditions, la femme étant enceinte, le mari n'ignore pas ce fait ; s'il consent à l'épouser, c'est que c'est lui qui est le père de l'enfant, et le mariage n'est qu'un moyen de régulariser des relations illégitimes. D'ailleurs, la loi réserve au mari toute facilité pour décliner cette paternité inattendue, s'il y a eu surprise (no 1440).

1418. Enfants adultérins. — Il résulte de la loi du 7 novembre 1907, sur la légitimation des enfants adultérins, que la présomption *Pater is est* a cessé de protéger les enfants nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président, auxquels s'applique l'art. 311, al. 2 (Bordeaux, 24 juill. 1911, D. 1912. 2. 345, P. et S. 1912. 2. 89). Sur cette loi, voyez ci-dessous, no 1553.

1419. Enfants conçus pendant l'absence du mari. — Lorsqu'une femme accouche alors que son mari est en état d'absence depuis plus de 300 jours, quelle est la situation de l'enfant dans ses rapports avec le mari de sa mère? Cet enfant peut-il se prétendre légitime en réclamant le bénéfice de la présomption de paternité de l'art. 312? On l'a soutenu en disant : « L'absence ne dissout pas le mariage ; nous devons donc continuer à présumer que les enfants de cette femme ont pour père son mari, quoique absent, et les traiter comme légitimes. » On a vu en 1827 la Cour de Toulouse déclarer légitime un enfant né dix ans après la disparition du mari et qui avait été inscrit sur les registres comme enfant naturel né de père inconnu ! — Il y a une réponse probante à faire. Dans cette opinion, on consi-

dère le mariage comme maintenu ; on présume donc que l'absent vit encore, ce qui est contraire au système de la loi en matière d'absence. L'absent n'est ni mort ni vivant : on est à son égard dans une incertitude complète. Quant à la solution à adopter, la voici : pour qu'un enfant puisse bénéficier de la présomption de la loi, il faut qu'il prouve que sa mère était mariée à l'époque de sa conception. C'est une règle générale ; toute personne qui invoque une présomption légale doit prouver le fait sur lequel elle repose. Or l'enfant est hors d'état de faire cette preuve, puisque, par hypothèse, l'existence du mari de sa mère était déjà incertaine quand il a été conçu. Il ne doit donc pas être considéré comme étant l'enfant du mari. Comp. ci-dessus, nº 1383.

§ 2. — *Du droit de désavouer l'enfant.*

****1420. Définition.** — On appelle « désaveu » l'acte qui a pour but de *faire tomber la présomption de paternité établie contre le mari*, dans les cas où celui-ci ne peut pas être le père de l'enfant.

Lorsque l'enfant est désavoué par le mari, le nom de désaveu se comprend ; il est beaucoup moins juste quand ce sont les héritiers du mari qui, après sa mort, contestent la filiation de l'enfant. Ceux-ci n'ont, à proprement parler, rien à « avouer » ou à « désavouer ». Cependant l'art. 318 se sert encore du mot « désaveu » pour désigner l'action intentée par les héritiers du mari.

***1421. Cas où le désaveu est nécessaire.** — Le désaveu suppose que l'enfant est muni d'un titre constatant sa filiation maternelle et *opposable au mari*. Ce titre ne peut être que son acte de naissance. Quand l'enfant le possède, sa filiation paternelle est prouvée par cela même ; il est protégé par la présomption de l'art. 312, al. 1. C'est alors que le mari a besoin d'une action spéciale pour combattre cette disposition de la loi qui lui attribue l'enfant de plein droit, et il ne peut contester l'exactitude de cette présomption que dans les formes spéciales établies pour le désaveu.

Mais le désaveu n'est pas nécessaire lorsque l'enfant, *n'ayant pas de titre*, est obligé d'établir sa filiation maternelle par une *recherche en justice*. La loi permet alors à toute personne qui se trouve être l'adversaire de l'enfant dans sa réclamation de fournir librement la preuve de la non-paternité du mari. L'hypothèse est prévue par l'art. 325 ; elle fera l'objet d'un paragraphe spécial à la fin du présent chapitre.

****1422. Attribution exclusive de l'action du mari.** — Le désaveu est admis uniquement dans l'intérêt du mari, pour le soustraire à l'application d'une présomption légale qui se trouve fausse. D'autres que lui auraient aussi intérêt à démontrer l'illégitimité de l'enfant ; la mère en première ligne, les autres enfants issus légitimement du mariage, les parents du mari qui vont se voir exclure de sa succession, etc. La loi leur refuse impitoyablement le droit de contester la légitimité de l'enfant (Cass., 3 mars 1874, D. 74. 1. 317, S. 74. 1. 201). Ces personnes n'ont pas l'action de leur chef ; elles ne peuvent l'avoir que par transmission, quand elles succèdent au mari.

On a dit qu'il y avait pour cela une raison particulière : le mari seul peut être juge de sa propre paternité ; lui seul est à même de savoir si la présomption que la loi élève contre lui est fondée. Cela est vrai dans bien des cas, mais non toujours. Ainsi, quand il y a impossibilité physique de cohabitation tenant à l'éloignement, la preuve en pourrait être fournie par d'autres que par lui.

1423. Cas où le mari est interdit. — Le caractère personnel du désaveu a fait penser que l'action ne pourrait pas être exercée au nom du mari interdit par son tuteur (AUBRY et RAU, t. V. § 545 *bis*, note 6; LAURENT, t. III, n° 436). Mais la jurisprudence s'est fixée en sens contraire (Cass., 24 juill. 1844, D. 44. 1. 424, S. 44. 1. 626; Caen. 14 déc. 1876, D. 77. 2. 146, S. 77. 2. 54; Grenoble, 5 déc. 1883, S. 84. 2. 73).

Si on juge ainsi pour le tuteur d'un aliéné, à plus forte raison autorise-t-on le tuteur d'un condamné en état d'interdiction légale à former en son nom l'action en désaveu (Chambéry, 28 janv. 1862, S. 62. 2. 481).

1424. Cas où le mari est absent. — Les héritiers présomptifs d'un absent n'ont pas qualité pour exercer l'action en son nom, même quand ils ont obtenu l'envoi en possession de ses biens (Toulouse, 29 déc. 1828, D. 29. 2. 221, S. 29. 2. 157).

***1425. Transmission de l'action aux héritiers du mari.** — La loi, qui s'est montrée si avare dans la concession du droit de désaveu, le laisse cependant passer aux héritiers du mari, lorsque celui-ci meurt étant encore en possession du droit d'agir, c'est-à-dire avant l'expiration des délais qui lui sont donnés et sans avoir renoncé à son action (art. 317). — A plus forte raison les héritiers ont-ils le droit de *continuer* l'instance engagée par le mari, quand elle est encore pendante au jour de son décès.

Entre les mains des héritiers, l'action n'a plus les mêmes caractères que du vivant du mari. Elle n'a plus pour cause un intérêt moral; elle ne leur est ouverte que *pour protéger leurs intérêts pécuniaires.* On en conclut qu'elle peut désormais être exercée par les créanciers de ceux qui la possèdent, chose qui était impossible auparavant. En réalité, ce n'est plus un véritable désaveu que vont faire les héritiers, et c'est mal à propos que l'art. 318 emploie cette expression pour qualifier leur action. Le mari seul peut *désavouer* l'enfant, et ce n'est au fond qu'une action spéciale en *contestation de légitimité* qu'exercent les héritiers. C'est du reste l'expression dont se sert l'art. 317.

Le droit de contester la légitimité de l'enfant appartient individuellement à chaque héritier ou successeur universel du mari. Il suit de là que le jugement à intervenir n'aura d'effet que pour ou contre ceux qui auront figuré dans l'instance. S'il y en a qui n'agissent pas en temps utile, l'enfant conserve à leur égard la qualité d'enfant légitime.

***1426. Condition d'admissibilité du désaveu.** — Pour qu'un enfant puisse être désavoué, il faut qu'il *soit né viable.* S'il naît non viable ou mort-né, on le considère comme n'ayant jamais existé; il n'y a pas lieu de le désavouer, puisqu'il ne compte pas. Le désaveu serait un scandale inutile, qui n'aurait d'autre résultat que le déshonneur de la mère.

Cette condition n'est exprimée par la loi que *pour un cas particulier de désaveu* (art. 314-3°). Malgré la portée limitée de ce texte, il est certain que sa disposition doit être *étendue à tous les autres cas,* parce qu'elle est conforme aux principes généraux.

Par une conséquence nécessaire de cette règle, il faut décider que le désaveu ne peut pas avoir lieu avant la naissance de l'enfant. On ne sait pas encore s'il naîtra vivant et viable; il faut attendre l'événement, et c'est lorsque l'enfant sera né qu'on saura s'il est susceptible d'être désavoué. La maxime d'après laquelle l'enfant simplement conçu est réputé né n'est admise que dans l'intérêt de l'enfant.

***1427. Situation de l'enfant désavoué.** — Lorsque le désaveu triomphe, il a ordinairement pour effet d'attribuer à l'enfant désavoué la qualité d'*adultérin*, puisqu'il est reconnu que cet enfant est né d'une femme mariée et qu'il est d'un autre que de son mari.

Cependant, dans l'hypothèse prévue par l'art. 314, si l'enfant naît dans les 179 premiers jours du mariage, il sera *naturel simple*, puisque sa mère n'était pas mariée à l'époque de sa conception.

1428. Effet de la chose jugée. — Le jugement qui est rendu sur l'action en désaveu

intentée par le mari produit un effet absolu ; l'enfant est, selon l'issue du procès, légitime ou illégitime à l'égard de tout le monde. Que le jugement ait ce caractère quand le désaveu n'est pas admis, cela est tout simple, puisque la légitimité de l'enfant résulte, non du jugement, mais de la présomption écrite en sa faveur dans l'art. 312, laquelle est désormais inébranlable, puisque le mari de la mère, qui était seul muni de l'action, ne pourra pas la renouveler. Mais quand le mari triomphe, c'est bien réellement le jugement qui attribue à l'enfant la qualité d'illégitime, et il la lui attribue à l'égard de tout le monde. Pourquoi cela? C'est que la loi, en réservant l'action en désaveu à une personne unique, a voulu lui permettre de substituer entièrement une situation nouvelle à celle qui résultait de la présomption légale. Il y a là un effet exceptionnel qui ne se produit dans aucune autre question de filiation. Comp. ci-dessus, n° 447. Bien que ce résultat de l'action en désaveu ne soit pas écrit dans les textes, il est admis par tout le monde. Il était déjà reconnu en droit romain ; Ulpien disait que le juge de cette action faisait le droit : « Placet ejus rei judicem jus facere » (*Digeste*, liv. XXXV, tit. III, fr. 3, princ.).

Lorsque l'action passe aux héritiers du mari après sa mort, ce résultat ne se produit qu'autant que tous ont exercé l'action conjointement. Si quelques-uns seulement ont agi, le jugement qu'ils ont obtenu ne peut pas profiter aux autres.

§ 3. — *Les deux variétés de désaveu.*

***1429. Désaveu par preuve contraire et désaveu par dénégation.** — Les cas dans lesquels il est permis au mari de décliner la paternité d'un enfant qui établit sa filiation maternelle par son acte de naissance se rangent en deux classes, *selon la manière dont le désaveu est fourni.*

1° Lorsqu'il y a lieu de croire, en calculant la durée de la grossesse d'après les règles légales, que la conception de l'enfant a eu lieu pendant le mariage et *à un moment où rien ne dispensait les époux de leur devoir de cohabitation* la présomption de paternité du mari a toute sa force, et cette force est très grande. Alors, en effet, les époux se trouvaient, au jour de la conception de l'enfant, dans les conditions normales de la vie conjugale, et c'est pour cette situation principalement que la présomption de la loi est faite. Par conséquent, cette présomption ne peut tomber que devant *une preuve certaine de la non-paternité du mari.*

2° Au contraire, lorsque la conception de l'enfant se place *à un moment où la cohabitation n'était pas un devoir pour les époux*, soit que cette conception ait eu lieu avant le mariage, soit qu'elle ait eu lieu pendant le mariage à un moment où les époux vivaient régulièrement séparés, la force de la présomption de paternité contre le mari est beaucoup plus faible. Son fondement ordinaire, la cohabitation des époux, lui fait défaut. La loi la maintient cependant en principe, mais elle la rend bien fragile, car elle la laisse tomber devant *une simple dénégation du mari.* Si le mari affirme qu'il n'est pas le père de l'enfant conçu avant le mariage ou pendant une séparation légitime, on ne lui demandera aucune justification (1) ; on le

(1) Pour indiquer ce caractère exceptionnel que prend alors le désaveu, beaucoup d'auteurs l'appellent *désaveu péremptoire.* — Quelques arrêts ont employé un langage inexact

croira sur parole, sauf à ses adversaires à lui opposer certaines fins de non-recevoir, prévues et déterminées par la loi.

A. — Désaveu par la preuve de non-paternité.

***1430. Difficulté variable de la preuve.** — Lorsque le mari doit prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant, la loi se montre en général très exigeante pour croire à sa non-paternité. Il faut qu'il établisse qu'il s'est trouvé dans l'*impossibilité absolue* de cohabiter avec sa femme pendant tout le temps où la conception a été possible (art. 312, al. 2), et encore n'admet-on pas indistinctement toutes les espèces d'impossibilité.

La loi se relâche cependant de sa rigueur lorsque le mari prouve que sa femme a cherché à lui cacher la naissance de l'enfant (art. 313, al. 1er). Cette preuve étant faite, la présomption de l'art. 312 se trouve très ébranlée, car on est en droit de penser que la grossesse de la femme a pour origine des relations adultères. Aussi la loi permet-elle au mari de justifier, par des procédés relativement faciles, que l'enfant ne lui appartient pas.

1° Hypothèse où la naissance de l'enfant n'a pas été cachée.

***1431. Preuve exigée du mari.** — En ce cas le désaveu n'est admis qu'autant qu'il y a eu *impossibilité physique de cohabitation* entre le mari et la femme pendant tout le temps où la conception a été possible, c'est-à-dire du 300e au 180e jour avant la naissance (art. 312, al. 2). Alors seulement on est certain que le mari n'est pas le père de l'enfant.

Cette impossibilité physique peut tenir à deux causes : l'*éloignement*, l'*impuissance accidentelle* du mari. Quant à l'*impuissance naturelle*, la loi ne veut pas en entendre parler comme cause de désaveu (art. 313). Elle est sujette à trop d'erreurs et sa constatation provoquerait trop de scandales.

1432. De l'éloignement. — Cet éloignement n'a pas besoin d'être si grand qu'il ait été impossible aux deux époux de se réunir pendant le délai légal de la conception, parce que le temps leur aurait manqué pour franchir la distance qui les séparait. Cela serait rare à une époque où les moyens de communication sont si rapides qu'on peut faire le tour du monde en

pour exprimer l'extrême facilité avec laquelle le mari renverse la présomption de paternité établie par la loi, lorsque les époux n'étaient pas obligés à la vie commune à l'époque de la conception de l'enfant. On y lit que « la présomption légale cesse de plein droit ». que le mari n'est plus présumé père de l'enfant (Montpellier, 21 juill. 1886, S. 88. 2. 100 ; Lyon, 3 juill. 1890, D. 91. 2. 99). C'est là une erreur ; la présomption de paternité *existe toujours*, seulement elle est *plus fragile*, puisqu'il suffit d'une simple déclaration du mari pour la faire tomber. Mais la présomption est encore applicable à l'enfant, et la preuve en est qu'il sera réputé légitime, si le mari de sa mère ne le désavoue pas. La loi appelle donc à juste titre « désaveu » la déclaration péremptoire par laquelle le mari décline la paternité (art. 313, al. 2, et art. 314).

moins de trois mois. Il suffit qu'il soit établi que *l'espace intermédiaire n'a pas été franchi.*

Ainsi la Cour d'Alger a admis le désaveu formé par un mari qui résidait à Alger pendant que sa femme habitait Paris. Le voyage de Paris à Alger aurait pu se faire, et plus d'une fois, en 121 jours, mais il était démontré que pendant tout ce temps ni l'un ni l'autre des époux n'avait quitté sa résidence. Cela suffisait pour que l'éloignement rendît certaine la non-paternité du mari.

On pourrait même considérer comme un éloignement suffisant l'*incarcération* de l'un des époux, dans la ville même où réside l'autre, s'il était certain qu'ils ne se sont pas vus, ou que leurs entrevues ont eu lieu en présence de surveillants. Voyez cependant Cass., 16 juill. 1889, D. 90. 1. 377, S. 89. 1. 423 ; Besançon, 8 mars 1899, D. 99. 2. 268, et la note, S. 99. 2. 175. Comp. Cass., 5 nov. 1895, D. 95. 1. 535, S. 96. 1. 180.

1433. Impuissance accidentelle. — L'impuissance du mari n'est admise comme cause de désaveu qu'autant qu'elle est *l'effet de quelque accident* (art. 312). Que faut-il entendre par « accident » ? Que ce mot s'applique aux blessures et aux mutilations provenant d'une chute, d'un combat, d'une opération chirurgicale, ou de tout autre événement de ce genre, tout le monde en convient. Mais devons-nous également ranger parmi les accidents, les *maladies*, qui peuvent entraîner une prostration ou un affaiblissement prolongé? La question est controversée. Dans l'opinion générale on estime que les rédacteurs de la loi ont eu en vue une *lésion matérielle ayant une cause externe*, ce qui exclurait la maladie dont la cause est interne. Mais les mots « par l'effet de quelque accident » ont un sens très vague, et il a été formellement dit par Duveyrier, orateur du Tribunat, qu'une maladie grave et longue pouvait amener l'impossibilité physique aussi bien que les blessures et les mutilations (Locré, *Légis. civile*, t. IV, p. 290). C'est en ce sens que se sont prononcés Toullier, Proudhon, Demante, Valette et Demolombe.

On se demande encore si la loi suppose un accident *survenu depuis le mariage* et si l'on ne pourrait pas admettre, comme cause de désaveu, l'incapacité d'engendrer provenant d'un accident antérieur à la célébration? La loi n'ayant pas précisé, l'interprète n'est pas autorisé à faire de distinction.

1434. Système allemand. — L'enfant n'est réputé légitime qu'autant que le mari a cohabité avec la femme à l'époque de la conception (art. 1591). Et la loi ajoute que « l'enfant n'est pas légitime lorsque, *d'après les circonstances*, il est évidemment impossible que la femme l'ait conçu des œuvres du mari ». Le désaveu n'est donc pas enfermé dans d'étroites conditions de preuve comme en France.

2° Hypothèse où il y a eu recel de la naissance.

***1435. Controverse.** — Il y a eu de longues discussions pour savoir quelle était au juste la preuve à fournir en ce cas par le mari. Le texte est ainsi conçu : « Il ne pourra le désavouer, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père » (art. 313, al. 1). Beaucoup d'auteurs étaient d'avis que la loi exigeait séparément *la preuve de l'adultère*, et que cette preuve devait être fournie *d'une manière spéciale et distincte* (voyez le résumé des opinions émises par la doctrine dans une note de Sirey, 66. 1. 417). Si cette opinion avait été admise, le mari aurait eu trois choses à prouver : 1° l'adultère commis par sa femme ; 2° le recel de la naissance ; 3° d'autres faits propres à justifier sa non-paternité. La solution qui a prévalu devant la jurisprudence est plus simple : le seul fait dont la loi fasse une condition pour faciliter le désaveu est le *recel de la naissance*. La preuve distincte de l'adultère serait absolument sans objet : l'adultère de la femme est suffisamment établi par les autres faits d'où il résulte que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué (Cass., 8 juill. 1812, S. chr. 4. 146 ; Cass., 25 janv. 1831, S. 31. 1. 81 ; Cass., 14 févr. 1854, D. 54, 1. 89, S. 54. 1. 225 ; Cass., 31 juill. 1866, S. 66. 1. 417).

***1436. Du recel de la naissance.** — Lorsque la femme cherche à cacher son état

à son mari, qu'elle prend des mesures pour lui laisser ignorer la naissance de son enfant, elle avoue elle-même que son mari n'est pas l'auteur de sa grossesse (1). La loi ne détermine pas les faits constitutifs du recel, et la jurisprudence admet que le désir de cacher au mari la naissance de l'enfant est suffisamment établi par le seul fait de son inscription à l'état civil comme enfant né de père inconnu. Il n'est pas nécessaire que la femme ait réussi à tromper son mari sur sa grossesse (Cass., 5 août 1891, D. 92. 1. 567), ni que le succès de ses manœuvres ait persisté jusqu'au bout, de façon que le mari ait ignoré la grossesse de sa femme jusqu'à l'accouchement ; ce que la loi veut, c'est que la conduite de la femme atteste l'origine adultérine de son état. On doit nécessairement supposer que le mari découvre un jour ou l'autre la naissance de l'enfant, puisqu'on prévoit le désaveu exercé par lui ; peu importe l'époque où il connaît ce qu'on a cherché à lui cacher. Dans une espèce qui s'est présentée, la femme avait celé son état pendant sept mois ; après quoi elle l'avait avoué à son mari, par défi, dans un moment d'emportement ; la cour de Paris admit le désaveu, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt fortement motivé (7 janv. 1850, D. 50. 1. 5, S. 50. 1. 113). Cette jurisprudence s'est maintenue (Cass., 29 juin 1892, D. 92. 1. 477). Ainsi, en supposant que « la naissance a été cachée » au mari, la loi n'entend pas prévoir spécialement le *recel de l'accouchement;* le *recel de la grossesse* peut suffire pour autoriser le désaveu ; mais il y a nécessairement une appréciation des faits qui peut conduire à la solution contraire. Voyez comme exemple, Bourges, 6 juill. 1868, D. 68. 2. 180, S. 69. 2. 44.

***1437. Faits susceptibles de prouver la non-paternité du mari.** — Le recel de la naissance rend vraisemblable l'origine adultérine de l'enfant ; il ne la prouve pas d'une manière complète. Aussi la loi dit-elle que, lorsque le recel aura été établi, le mari sera « admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant ». Quels sont ces faits ? Loin de rien préciser, la loi s'exprime en termes aussi généraux que possible : *tous les faits...* Les circonstances alléguées par le mari sont appréciées souverainement par les juges du fait. Ce sera le grand âge du mari, ou son état maladif ; la mésintelligence qui divise le ménage, ou la séparation de fait dans la résidence des deux époux, etc.

Aubry et Rau, faisant revivre une vieille expression qui avait été usitée dans l'ancienne jurisprudence, appellent ces faits l'*impossibilité morale de cohabitation* (t. VI, § 545, note 60). La formule parut commode, parce qu'elle comprend sous une dénomination unique des faits de nature très variable, et elle fit fortune (jugement de Béziers et arrêt de Montpellier sous Cass., D. 92. 1. 477). Elle est cependant peu exacte, car les raisons par lesquelles le mari justifie que l'enfant n'est pas de lui ne sont pas seulement morales : elles peuvent être empruntées à des faits physiques, tels que l'âge ou la santé.

***1438. Insuffisance d'une preuve directe de l'adultère.** — Faut-il ranger, parmi les circonstances propres à démontrer la non-paternité du mari, l'adultère de la femme au cas où il serait établi en fait d'une manière directe? Évidemment la faute de la femme directement démontrée aidera puissamment à ébranler la présomption légale ; cependant, ce n'est pas là un des faits auxquels la loi fait allusion dans l'art. 313, al. 1. En effet, il ne suffit pas que la femme ait commis un adultère pour que son amant soit réputé être le père de l'enfant : « Quum possit et mater adultera fuisse et impubes patrem maritum habuisse. » Voilà pourquoi il faut proposer d'autres faits propres à établir que ce n'est pas le mari qui est le père de l'enfant. Si les relations conjugales ont continué en même temps entre le mari et sa femme, on ne sait plus auquel des deux, du mari ou de l'amant, attribuer la paternité.

(1) Aucune autre circonstance ne peut équivaloir à celle-là comme aveu d'un adultère. Ainsi, si une femme, sans avoir essayé de cacher son état de grossesse, reconnaît, *par un aveu exprès*, que le père de son enfant est un autre que son mari, cette déclaration n'autorise pas le mari à désavouer l'enfant selon le mode prévu par l'art. 313, al. 1. En effet, cette déclaration outrageante a pu être jetée à la face du mari dans un mouvement d'humeur irréfléchie ; elle est donc beaucoup moins significative que l'aveu tacite résultant d'arrangements préparés de sang-froid et de longue main pour laisser le mari dans l'ignorance.

B. — Désaveu par simple déclaration.

****1439. Cas où il est possible.** — Les enfants qui peuvent être désavoués sans preuve par le mari sont : 1° ceux qui sont *nés avant le* 180e *jour du mariage* ; 2° ceux qui ont été *conçus pendant que les époux vivaient dans un état légal de séparation d'habitation.*

1° Enfant né dans les 179 jours du mariage.

****1440. Motif de la facilité accordée pour le désaveu de l'enfant.** — Lorsqu'un enfant naît dans les 179 premiers jours du mariage, la loi présume qu'il a été conçu des œuvres du mari (ci-dessus, n° 1366). Mais comme il est possible en fait que celui-ci n'en soit pas le père, la loi lui réserve le droit de désavouer l'enfant sans autre motif que sa naissance trop précoce. Il a pu être trompé par sa femme et ignorer l'état de celle-ci au jour du mariage ; on s'en rapporte donc à lui et on écarte sur sa seule parole la présomption ordinaire (art. 314).

1441. Fins de non-recevoir. — Il peut se présenter deux circonstances dans lesquelles le désaveu du mari n'est pas recevable, parce que la sincérité de sa déclaration de non-paternité est rendue suspecte par sa conduite.

1° *Le mari a connu l'état de sa femme avant le mariage.* — Si la loi lui accorde toute facilité pour désavouer l'enfant, c'est pour le prémunir contre une surprise possible ; elle suppose par conséquent que le mari, en épousant sa femme, ignorait son état de grossesse. S'il est prouvé que le mari en a eu connaissance avant le mariage, la loi lui enlève tout droit au désaveu (art. 314-1°). On n'épouse pas une femme qu'on sait être enceinte, quand on sait ne pas être le père de l'enfant, ou, si on l'épouse dans ces conditions, on accepte sans retour la paternité de l'enfant.

2° *Le mari a reconnu sa paternité.* — Il est tout naturel que le mari perde le droit de désavouer l'enfant, toutes les fois qu'il a avoué en être le père. Cependant la loi n'a prévu, pour en faire une fin de non-recevoir contre le désaveu, qu'un cas d'*aveu tacite de paternité* : elle suppose que le mari a assisté à la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant, et que cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer (art. 314-2°). Mais ce fait ne peut être pris que *comme un exemple.* D'autres faits pourraient servir à élever contre le mari une pareille fin de non-recevoir. Ainsi le mari prend soin d'annoncer à ses amis la future naissance de l'enfant ; il donne un dîner de famille à l'occasion du baptême, etc. A plus forte raison devrait-il être déclaré non-recevable, s'il y avait eu de sa part une *reconnaissance expresse* de sa paternité. Il faut donc établir en règle générale que tout aveu, formel ou tacite, émané du mari, lui enlève le droit de désavouer ensuite l'enfant.

C'est l'interprétation de la pensée du mari qu'il convient de rechercher avant tout. Par suite, lorsque le mari va lui-même déclarer la naissance de l'enfant à l'état civil, il pourrait protester qu'il entend seulement par là obéir à la loi qui lui en impose l'obligation, et cette réserve lui permettrait de désavouer plus tard l'enfant.

2° Enfant conçu pendant une séparation légale des époux.

***1442. État primitif du droit.** — D'après le Code Napoléon, l'état de séparation n'affaiblissait pas la présomption de paternité qui pèse sur le mari. Le désaveu n'était permis, même de la part d'un mari séparé de corps, que *conformément au droit commun,* c'est-à-dire quand il y avait eu impossibilité matérielle de cohabitation (art. 312) ou recel de la nais-

sance (art. 313). Il suivait de là qu'une femme séparée de corps pouvait donner à son mari des enfants qui n'étaient pas de lui, sans que celui-ci eût aucun moyen de décliner cette paternité : il lui suffisait pour cela de vivre publiquement dans l'adultère et de ne rien faire pour cacher la naissance de ses enfants.

****1443. Réforme de 1850.** — Un pareil état de droit était contraire à la vérité la plus évidente, contraire aussi à toute justice. M. A.-M. Demante proposa un changement en faveur du mari ; et sa proposition aboutit à la loi du 6 décembre 1850 qui ordonna l'insertion d'une disposition supplémentaire dans l'art. 313, dont elle forme le second alinéa. Voici le principe de cette réforme. Par l'effet de la séparation de corps, la vie commune cesse. Or c'est sur elle qu'est fondée la présomption de paternité du mari ; cette présomption perd donc à peu près toute sa force, parce qu'il est peu probable que les époux séparés aient continué à avoir des relations. Cependant la loi ne la fait pas tomber de plein droit ; elle la laisse subsister, malgré la séparation d'habitation, et accorde seulement au mari le droit de la rejeter par une déclaration formelle. S'il n'est pas le père de l'enfant, il doit le dire, mais sa déclaration suffira ; on ne lui demandera aucune preuve. La loi de 1850 a donc créé *un second cas de désaveu par simple déclaration*, à côté du cas unique jusque-là qui fait l'objet de l'art. 314.

1444. Fin de non-recevoir. — Le désaveu facile accordé au mari par la loi de 1850 est du reste subordonné à une condition essentielle : il ne faut pas qu'il y ait eu « *réunion de fait* » entre les époux depuis leur séparation. On voit parfois un mari désireux de rompre avec sa femme, et s'abaissant cependant à la traiter comme une maîtresse. Si les époux séparés ont continué, ne serait-ce qu'accidentellement, à avoir des relations ensemble, le désaveu n'est plus permis, parce que la conduite du mari fait planer un doute sur la filiation de l'enfant.

1445. Point de départ de la séparation légale. — L'état de séparation qui autorise ce désaveu ne commence pas seulement le jour où le jugement qui prononce la séparation de corps est rendu. Pendant l'instance la femme obtient du président l'autorisation d'avoir une résidence séparée. Dès ce moment la rupture devient régulière, et on fait remonter jusque-là la possibilité du désaveu. C'est donc l'*ordonnance du président* autorisant la femme à résider autre part que chez son mari qui ouvre la *période suspecte* pour la légitimité des enfants. Le mari pourra désavouer, sous la seule condition indiquée au nº 1444, l'enfant qui naîtrait 300 jours après cette ordonnance.

1446. Durée de cette période. — La possibilité du désaveu dure autant que sa cause, c'est-à-dire autant que la séparation légitime des époux. Ainsi lorsque la demande échoue, l'*arrêt définitif* qui la rejette met fin à cet état de rupture. Les époux sont censés reprendre immédiatement la vie commune, et s'ils ne le font pas, ils manquent à leurs devoirs. Par conséquent, l'enfant qui naîtrait plus de 180 jours après le rejet définitif de la demande ne pourrait pas être désavoué, car il a pu être conçu depuis que la vie commune a repris ou dû reprendre son cours. — Il faudrait dire la même chose si la demande, sans être rejetée, était abandonnée : la période suspecte prendrait fin le jour de la *réconciliation*, ou bien le jour où la *péremption* de l'instance serait prononcée.

Lorsque la demande réussit, la séparation d'habitation, qui n'avait lieu jusqu'alors qu'à titre de mesure provisoire, en vertu d'une simple ordonnance, devient un état stable,

basé sur un jugement, et alors la période suspecte se prolonge indéfiniment, jusqu'au jour où se produit une *réconciliation* des époux, jour qui peut-être n'arrivera jamais.

****1447. Extension du désaveu au cas de demande en divorce.** — En 1850, on n'avait eu à prévoir que les demandes en séparation de corps. En 1886, on remania l'alinéa ajouté par cette loi à l'art. 313, de façon à le rendre applicable aux instances en divorce. Le texte nouveau dit : « En cas de jugement ou même de demande *soit de divorce*, soit de séparation de corps... » Le texte traite donc de même les deux espèces de demandes. Cependant une distinction s'impose. Si le divorce est obtenu, les enfants qui naîtront plus de 300 jours après la dissolution du mariage ne sont pas placés sous la protection de la présomption légale de l'art. 312. Il n'est donc pas besoin d'employer le désaveu contre eux. En d'autres termes, l'article est applicable aux séparations de corps pendant deux périodes successives, l'une qui court pendant l'instance, l'autre qui commence après le jugement et qui dure autant que la séparation. Il ne peut recevoir son application au divorce que pendant la première de ces deux périodes : après le divorce réalisé, le désaveu devient inutile, puisqu'on n'a plus affaire aux enfants d'une femme mariée. Ce résultat se produit [depuis 1907] même avant le divorce (ci-dessus, n° 1415).

§ 4. — *Procédure du désaveu.*

****1448. Nécessité d'une action en justice.** — Le désaveu de l'enfant, c'est-à-dire la destruction de la présomption de paternité élevée contre le mari de sa mère, ne peut résulter que d'un *jugement*. Sous toute autre forme il serait inopérant. Cela est de tradition ; la loi le suppose (art. 313, al. 3 ; 316 et 318), mais ne le dit pas expressément. Ainsi le mari ne peut pas désavouer l'enfant par un *acte extrajudiciaire*, par exemple au moyen d'une notification adressée à sa femme par exploit d'huissier. Cette notification ne détruirait pas la légitimité de l'enfant.

1449. Utilité spéciale de la notification faite à la femme. — Cependant si la notification du désaveu n'en produit pas l'effet complet, elle n'est pas dépourvue de toute utilité. Elle permet au mari d'allonger un peu les délais très brefs qui lui sont donnés pour agir. Elle fait, en effet, courir un *délai spécial d'un mois* pour désavouer l'enfant : « Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu... sera non avenu s'il n'est suivi dans le délai d'un mois d'une action en justice » (art. 318). Ainsi, lorsque cette notification est faite au dernier jour des délais déterminés par l'art. 316 pour la « réclamation » du mari, elle y ajoute un délai supplémentaire d'un mois.

***1450. Caractère exceptionnel de la procédure.** — Cette action est soumise à des règles de forme tout à fait extraordinaires, qui font d'elle une véritable singularité juridique. Ces particularités s'atténuent quand l'action passe aux héritiers du mari.

A. — Formes de l'action exercée par le mari.

***1451. Délais.** — L'action en désaveu est soumise à une prescription extrêmement rapide : *un mois* ou *deux mois* suivant les cas. C'est dans ce bref délai que le mari doit agir, sous peine de déchéance. La loi veut que l'état d'un enfant, qu'elle présume être légitime, ne reste pas longtemps dans l'incertitude. Mais comme le délai ne court pas toujours du jour de sa naissance, cette incertitude peut se prolonger indéfiniment.

En principe le délai est d'un mois. La loi ne donne deux mois au mari qu'autant qu'il ne se trouvait pas sur les lieux au moment de la naissance, ou lorsque la naissance lui a été cachée (art. 316). Dans ces deux hypothèses le délai est doublé parce que le mari a pu être surpris par la nouvelle de la naissance, et il faut lui laisser le temps de réfléchir et de réunir ses preuves. Quand il est présent et qu'il connaît la grossesse de sa femme, il a tout le temps nécessaire pour prendre ses mesures d'avance et on peut sans inconvénient l'obliger à agir vite.

1452. Point de départ du délai. — Le délai court en principe *du jour de la naissance de l'enfant* (art. 316, al. 1er). Cela suppose le mari présent sur les lieux et connaissant la grossesse de sa femme. Mais divers cas particuliers se présentent dans lesquels le cours du délai est retardé.

1° *Absence du mari.* — Il s'agit ici de l'absence de fait, ou simple non-présence. Les deux mois courent du jour du retour du mari (art. 316, al. 2).

2° *Recel de la naissance.* — Le délai court du jour de la découverte de la fraude (art. 316, al. 3). La loi suppose que le mari n'a appris l'existence de l'enfant qu'après sa naissance ; s'il la découvre pendant la grossesse de la mère, le délai ne peut commencer à courir que le jour de l'accouchement : on ne désavoue pas un enfant non encore né. Pour que le délai commence à courir contre le mari quand on lui a caché la naissance, il faut qu'il ait appris l'événement d'une manière positive ; il ne suffirait pas qu'il ait eu des soupçons, même sérieux (Lyon, 21 janv. 1886, D. 87. 2. 1, S. 88. 2. 77).

3° *Aliénation mentale du mari.* — Le délai court, suivant le cas, soit du jour où le mari a recouvré la raison, s'il n'a été ni interdit ni interné, soit du jour où il est sorti de l'établissement où il avait été enfermé, soit du jour où il a obtenu la mainlevée de son interdiction.

4° *Séparation de corps.* — Le délai ne court que du jour où le mari a appris la naissance de l'enfant, quand il a ignoré l'état de grossesse de sa femme jusqu'à l'accouchement, alors même que l'on n'aurait rien fait pour le lui cacher (Cass., 9 déc. 1857, D. 58. 1. 132, S. 58. 1. 97). Si on le soumettait au droit commun, il pourrait arriver que le délai se trouvât expiré avant que le mari eût appris la naissance de l'enfant.

Les deux derniers cas ne sont pas prévus par la loi. On a cependant admis que le point de départ du délai serait retardé, en décidant par analogie avec les solutions spéciales données dans les deux derniers alinéas de l'art. 316. L'ensemble des dispositions de cet article suppose l'existence d'un principe qu'on peut formuler ainsi : *le délai du désaveu court du jour où le mari a appris d'une façon certaine la naissance de l'enfant, quand il ne connaissait pas auparavant la grossesse de sa femme.*

1453. Représentation de l'enfant par un tuteur ad hoc. — L'action est dirigée contre l'enfant ; c'est lui qui est le véritable défendeur, mais cet enfant est encore un nouveau-né au moment où l'action est exercée par le mari. Il faut donc quelqu'un pour le représenter, et la loi veut qu'on lui nomme un *tuteur ad hoc*, c'est-à-dire un représentant uniquement chargé de le défendre dans cette instance (art. 318).

D'après la jurisprudence, ce tuteur doit être nommé par un conseil de famille réuni conformément aux règles ordinaires (Cass., 24 nov. 1880, D. 82. 1. 52, S. 81. 1. 65). La jurisprudence se fonde sur ce que le conseil de famille est seul en droit de nommer des tuteurs (art. 405), et que la loi n'a pas dit que ce tuteur *ad hoc* serait nommé autrement. Cette solution offre un grave danger, car le conseil de famille sera composé de parents de l'enfant, c'est-à-dire de gens intéressés au succès du désaveu ; c'est confier le sort de l'enfant

à ses adversaires naturels. Mieux vaudrait que le tuteur fût choisi par le tribunal, mais les textes ne s'y prêtent pas.

Le conseil de famille chargé de nommer le tuteur *ad hoc* se réunit au domicile de la femme du désavouant, et doit comprendre les parents paternels, le mari désavouant étant réputé père de l'enfant jusqu'à preuve contraire (Cass., 14 févr. 1854, D. 54. 1. 89, S. 54. 1. 225). Voyez cependant Caen, 22 déc. 1880, D. 82. 2. 53.

1454. Présence de la mère dans l'instance. — La loi exige la présence de la mère (art. 318), parce que c'est elle qui est le mieux à même de défendre la légitimité de son enfant ; on ne voit même pas pourquoi l'enfant n'est pas représenté par elle. Du moins son intervention sera une garantie sérieuse contre toute tentative de collusion de la part du mari : si le tuteur *ad hoc* se montre disposé à sacrifier les intérêts de l'enfant, on peut croire que la mère ne faiblira pas.

1455. Compétence. — On jugeait jadis que l'action devait être portée devant le tribunal du domicile du tuteur *ad hoc* donné à l'enfant (Caen, 18 mars 1857, D. 57. 2. 94, S. 57. 2. 529 ; Cass., 6 avril 1898, D. 1902. 1. 232). Cette décision était peu juridique : tant que le désaveu n'est pas admis, l'enfant est domicilié chez celui qui passe pour être son père et non pas chez son tuteur *ad hoc*, qui n'est qu'un curateur spécial ; c'est donc le domicile du mari désavouant qui est aussi celui de l'enfant défendeur, et c'est ce domicile qui doit déterminer la compétence (Cass., 4 avril 1905, D. 1906. 1. 97, S. 1906. 1. 273).

B. — Formes de l'action exercée par les héritiers du mari.

1456. Représentation de l'enfant. — Entre les mains des héritiers, l'action en désaveu est soumise en principe aux mêmes formes que pour le mari. Elle doit être introduite *contre l'enfant représenté par un tuteur* ad hoc *et en présence de la mère* (art. 318).

1457. Délai. — L'action des héritiers est bornée elle aussi dans un délai très court, rappelant celui qui est accordé au mari. Ce délai est pour eux fixé d'une manière uniforme à *deux mois*. Il court soit du jour où l'enfant s'est mis en possession des biens de son prétendu père, soit du jour où les héritiers sont troublés par lui dans cette possession (art. 317).

Ce délai n'est pas une prescription, mais un simple *délai préfix* emportant déchéance. Il court donc même contre les héritiers *mineurs*. S'il s'agissait d'une prescription véritable, elle serait suspendue pendant tout le temps de leur minorité.

1458. Irrecevabilité d'une action anticipée. — Les héritiers du mari autorisés à contester la légitimité de l'enfant quand celui-ci les trouble, pourraient-ils prendre les devants et attaquer l'enfant pour le désavouer, quoique celui-ci n'élève encore aucune prétention sur la succession de son père? Beaucoup d'auteurs le leur permettent, parce qu'il peut y avoir pour les héritiers un intérêt sérieux à empêcher le *dépérissement des preuves* en exerçant immédiatement leur action. Cependant la Cour de cassation a décidé que les héritiers ne pouvaient pas désavouer l'enfant avant d'avoir été troublés par lui ; ce trouble, dont la nature est déterminée par la loi, est ainsi la condition nécessaire pour que leur action soit recevable (Cass., 5 avril 1854, D. 54. 1. 93, S. 54. 1. 293).

§ 5. — *Cas où la filiation maternelle ne résulte pas de l'acte de naissance.*

****1459. Facilités données pour combattre la présomption de paternité.** — On a déjà vu (n° 1421) que les règles rigoureuses du désaveu ne s'appliquent pas lorsque l'enfant, ne pouvant pas établir sa filiation maternelle par son acte de naissance, en est réduit à intenter en justice une *action en recherche de maternité*. En ce cas, la présomption légale, qui attribue la paternité de l'enfant au mari de la mère, peut être combattue

par les adversaires de l'enfant, quels qu'ils soient, et par tous les moyens possibles. L'art. 325 leur réserve en effet, de la façon la plus large, le droit de prouver non seulement qu'il n'a pas pour mère la femme qu'il regarde comme telle, mais même, « la maternité prouvée, *qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère* ». Le texte ne précise pas ce qui devra être prouvé par eux. Il leur suffira donc d'établir une circonstance quelconque capable de faire croire à la non-paternité du mari ; on ne peut exiger d'eux la preuve d'aucun fait légalement déterminé, ni l'impossibilité de cohabitation, ni le recel de la naissance.

Pourquoi la loi, si rigoureuse d'habitude, se montre-t-elle aussi facile? Lorsque l'enfant est réduit à prouver par une recherche en justice sa filiation maternelle, c'est qu'*il n'a ni titre ni possession d'état.* Ce seul fait rend déjà sa filiation suspecte, car il n'est pas ordinaire qu'un enfant légitime soit inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus. L'avoir ainsi déclaré à l'état civil est presque un aveu de la part de la mère. « Il y a là, disait Bigot du Préameneu, une présomption très forte que l'enfant n'appartient pas au mariage. »

***1460. Possibilité d'attaquer l'enfant sans attendre sa réclamation.** — L'art. 325 suppose que c'est l'enfant qui attaque et que le mari ou les autres membres de la famille sont défendeurs. Mais la jurisprudence autorise l'action du mari ou des autres intéressés dirigée par eux comme demandeurs contre l'enfant ; ils ne sont pas obligés d'attendre que l'enfant exerce lui-même une action en justice et fasse constater sa filiation maternelle ; ils peuvent prendre les devants et rejeter d'avance la présomption de paternité dont il bénéficierait (Cass., 24 févr. 1854, D. 54. 1. 89, S. 54. 1. 225 ; Cass., 9 mai 1864, D. 64. 1. 409, S. 64. 1. 305 ; nombreux arrêts de cour d'appel).

Pour agir ainsi, le mari ou tout autre intéressé est obligé de commencer par établir lui-même que l'enfant qu'il attaque est né de sa propre femme, car on suppose que cet enfant n'a ni titre ni possession d'état, et qu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus. On l'autorise donc à rechercher, au préalable, la filiation maternelle de l'enfant.

1461. Critique de cette jurisprudence. — Le mari peut avoir un grand intérêt à prendre les devants et à démontrer immédiatement que cet enfant n'est pas le sien, car les preuves qu'il a entre les mains peuvent dépérir avec le temps, les témoins peuvent mourir, etc. Cette considération est d'un grand poids, mais si elle devait nous déterminer, elle nous mènerait loin, car elle ne tend à rien moins qu'à faire revivre les anciennes enquêtes d'*examen à futur* (1), usitées dans notre ancienne jurisprudence et abandonnées par notre droit nouveau. D'ailleurs, l'expérience a prouvé que le mari ne court pas beaucoup de risques à attendre le procès formé par l'enfant : presque toujours les mêmes faits qui serviront à établir la maternité de sa femme prouveront du même coup et irrésistiblement sa non-paternité. — Au surplus l'action du mari n'est pas recevable. En effet, il doit commencer par déterminer la véritable filiation de l'enfant : ce n'est que quand il aura prouvé que cet enfant est né de sa femme qu'il pourra en décliner la paternité ; c'est donc une action en recherche de maternité qu'il intente d'abord, avant d'arriver au désaveu. Or cette action est irrecevable, car le mari annonce d'avance qu'il n'est pas le père de cet enfant né de sa femme, c'est donc une recherche de filiation *adultérine* qu'il poursuit, et, d'après l'art. 342, cette recherche est interdite. La Cour de cassation, qui a vu l'objection dès 1851, a cru y répondre en disant : c'est le résultat nécessaire du désaveu, et la loi le permet (Cass., 4 févr. 1851, D. 51. 1. 117, S. 52. 1. 208). On peut répliquer que, si le désaveu aboutit à la constatation d'une filiation adultérine, c'est qu'il suppose la filiation maternelle *déjà*

(1) L'enquête d'examen à futur avait lieu lorsque le défendeur craignait que le demandeur, en différant son action, ne le privât des moyens de faire sa preuve (*Nouveau Denizart*, t. VIII, p. 674).

connue, et il a seulement pour but de décharger le mari de la présomption de paternité qui pèse sur lui : en cela il n'y a rien de contraire à la prohibition de l'art. 342. Mais, dans notre hypothèse, la filiation maternelle est *inconnue*, c'est elle qu'il s'agit d'abord d'établir ; en la cherchant on se heurte directement à la prohibition de la loi.

1462. Absence de délai. — Lorsque le mari, sans attendre l'attaque pour y répondre, prend les devants, on ne peut jamais lui opposer la déchéance, sous prétexte que les délais déterminés par l'art. 316 sont expirés depuis longtemps (Lyon, 21 janv. 1886, D. 87. 2. 1, S. 88. 2. 77). Le Code n'a eu en vue dans cet article que le désaveu dirigé contre des enfants *en possession de la légitimité*, de sorte que le mari se trouve immédiatement en demeure de la désavouer. L'art. 325 laisse au contraire au mari toute liberté de discuter la présomption légale, sans se préoccuper de savoir combien de temps s'est écoulé, ni si le mari a connu en fait la naissance : l'enfant n'ayant pas été attribué à sa femme par la déclaration faite à l'état civil, le mari n'avait pas à combattre une présomption de paternité qui ne s'élevait pas contre lui.

1463. Nom de l'action exercée contre l'enfant. — En général on donne à cette action dirigée contre l'enfant le nom *d'action en désaveu* (Lyon, 21 janv. 1886 précité). Il semble en effet tout naturel de donner ce nom à une action par laquelle un mari cherche à se soustraire d'avance à l'effet de la présomption de paternité de l'art. 312 : elle apparaît comme un désaveu anticipé. Cependant ce langage est inexact. En effet, ce qui caractérise l'action en désaveu, c'est l'ensemble des règles exceptionnelles dans lesquelles la loi l'a enfermée. Or tout le monde reconnaît que ces règles ne sont pas applicables à l'action dont nous parlons, ni pour ses formes, ni pour sa preuve, ni pour les délais de son exercice. Comp. la note de M. Flurer dans D. 87. 2. 1. En réalité l'action du mari rentre dans la classe générale des actions en contestation d'état.

CHAPITRE V

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

§ 1. — *Notions générales sur les preuves de la filiation naturelle.*

****1464. Absence de toute présomption de paternité.** — En matière de filiation naturelle, la loi n'établit pas de présomption de paternité (1). La paternité naturelle a donc besoin d'être *prouvée par les intéressés*, et les modes de preuves qui lui sont applicables sont les mêmes que ceux de la maternité naturelle. Par suite, il n'y a pas lieu de distinguer pour les enfants naturels, comme on le fait pour les enfants légitimes, entre la pater-

(1) Il est permis de regretter que la présomption de paternité ait été restreinte au cas de mariage. Il y a un très grand nombre de faux ménages, où l'homme et la femme vivent maritalement dans un état de concubinage notoire, et beaucoup même réussissent dans les grandes villes à se faire passer pour mariés. Dans tous ces cas la paternité est suffisamment certaine, elle est avouée par les père et mère, et on peut dire que la loi, pour ne pas la voir, ferme les yeux à l'évidence. Le bon sens, autant que les traditions romaines et coutumières, devraient faire considérer les enfants issus du concubinage notoire comme ayant un père certain (Accarias, 4e édit., t. I, nº 101 ; Bacquet, *Des droits de bâtardise*, 1re partie, chap. I, nº 2). Voyez ce qui est dit plus loin (nº 1527) de la présomption de paternité naturelle admise en Allemagne contre celui qui a été seul à cohabiter avec la mère au temps de la conception.

nité et la maternité, les deux branches de la filiation se prouvant pour eux de la même manière ; il y a lieu de distinguer seulement selon les différents modes de preuve qu'ils peuvent employer.

***1465. Inutilité de l'acte de naissance.** — Dans le système du Code, le moyen de preuve normal de la filiation naturelle, aussi bien pour la maternité que pour la paternité, est une *reconnaissance volontaire* émanée du père ou de la mère. Par suite, aucun texte n'a répété pour les enfants naturels ce que l'art. 319 dit pour les enfants légitimes, à savoir que leur filiation se prouve par l'acte de naissance. L'acte de naissance d'un enfant naturel n'est pas appelé à lui rendre le même service, quand bien même la mère y serait indiquée ; il prouve uniquement le fait de la naissance et sa date : un enfant, fille ou garçon, est né tel jour en tel lieu. Mais de qui? quelle est sa mère? L'acte n'a pas pour but de nous le dire. La pensée des auteurs de la loi est bien claire et bien certaine : ils n'ont pas voulu que l'acte de naissance servît de *titre* à l'enfant naturel pour prouver sa filiation ; même de la part de la mère, une reconnaissance, c'est-à-dire un *aveu spécial*, est nécessaire. On en devrait conclure que l'acte de naissance, quand il indique le nom de la mère, ne peut servir de *moyen de preuve* dans les recherches de maternité naturelle ; mais la jurisprudence en a décidé autrement (ci-dessous, nº 1510).

1466. Critique du système de la loi. — Y a-t-il quelque raison pour justifier une telle différence entre les deux catégories d'enfants? Les femmes non mariées s'entourent ordinairement de précautions mystérieuses pour cacher leur grossesse ; elles vont accoucher loin de chez elles, chez une sage-femme, à laquelle elles déclarent souvent un nom qui n'est pas le leur, de telle sorte qu'en fait la mention du nom de la mère ne mérite pas grande créance, mais c'est la loi elle-même qui facilite ces dissimulations. La maternité, même quand elle n'est pas honorable, est toujours notoire et certaine : toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'un enfant trouvé, la mère est connue, et le déclarant qui fait inscrire l'enfant comme né de mère inconnue commet un mensonge. La loi aurait dû exiger de lui qu'il fît connaître la mère, et de celle-ci qu'elle donnât son véritable nom. La maternité ne peut être tenue secrète que par une véritable *suppression d'état*, qui est un délit et qui mériterait d'être punie (1). Si l'indication de la mère était obligatoire et faite sous une sanction pénale, rien n'empêcherait d'ajouter la même foi à la parole du déclarant et des témoins, quelle que fût la qualité de l'enfant, légitime ou naturel (2).

1467. Jurisprudence antérieure à 1872. — Pendant un temps la Cour de cassation, par une jurisprudence favorable aux enfants naturels, avait supprimé la différence établie par la loi entre les deux espèces de filiation, dans le rôle probatoire de l'acte de naissance. Elle avait jugé en 1853 que l'acte dans lequel la mère de l'enfant naturel est indiquée fait pleine foi de l'accouchement de cette femme et que par suite la filiation maternelle se trouve entièrement prouvée lorsque l'identité n'est pas contestée (1er juin 1853, D. 53. 1. 177, S. 53. 1. 481. Comp. 19 nov. 1856, D. 56. 1. 412, S. 57. 1. 97 ; 1er déc. 1869, D. 70 1. 97, S. 70. 1. 101). Comme l'indication de la mère est fréquente dans ces sortes d'actes,

(1) Une loi impérative augmenterait peut-être le nombre des infanticides.

(2) Rationnellement la reconnaissance ne devrait être admise que de la part du père, parce que c'est le seul moyen de remplacer pour les enfants naturels la présomption de paternité que la loi fonde sur le mariage au profit des enfants légitimes. On verra au nº 1468 quelle est l'origine historique des reconnaissances faites par la mère.

les enfants naturels trouvaient dans cette jurisprudence une grande facilité pour établir leur filiation, et la solution de la Cour de cassation avait été approuvée (VALETTE, *Explic. sommaire*, p. 185 ; DEMOLOMBE, t. I, nº 297 ; t. V, nº 505).

On pouvait croire ce point acquis, lorsqu'en 1872 un revirement s'est produit. La Chambre civile, cassant un arrêt de Montpellier conforme à sa propre jurisprudence, a décidé que la maternité naturelle ne peut être établie que par une reconnaissance volontaire ou une déclaration judiciaire, que rien ne peut remplacer ces modes de preuve, et en particulier que l'acte de naissance, même confirmé par la possession d'état, n'équivaut pas à la reconnaissance (3 avril 1872, D. 72. 1. 113, S. 72. 1. 126 ; Paris, 11 juin 1891, D. 92. 2. 533, S. 92. 2. 213 ; Limoges, 23 nov. 1892, D. 94. 2. 319). Elle est ainsi revenue à une interprétation plus fidèle des textes et a donné raison à diverses Cours d'appel qui n'avaient jamais cessé de juger en ce sens (Pau, 28 juin 1855, D. 56. 2. 258 ; Caen, 1er mars 1860, D. 61. 2. 12). Mais on peut considérer ce triomphe de la doctrine pure comme un recul du droit français (1). La jurisprudence admet néanmoins un tempérament : l'acte de naissance portant le nom de la mère fait preuve de l'accouchement dans les recherches en justice (ci-dessous, nº 1510).

1468. Les preuves de la filiation naturelle dans l'ancien droit français. — Nos anciens jurisconsultes ne se sont presque jamais occupés des preuves de cette sorte de filiation. Bacquet a bien écrit un « Traité de la bâtardise », d'Aguesseau une « Dissertation sur les bâtards » ; mais l'un et l'autre ne s'occupent que de la condition sociale des bâtards et de la dévolution des biens qu'ils laissent en mourant. D'autre part, on pourrait lire tout ce qui a été écrit sur le Code civil sans y trouver des renseignements historiques sur la reconnaissance des enfants naturels. La plupart des écrivains modernes traitent le Code comme s'il commençait une ère nouvelle, sans se rattacher au passé. Mais en 1869, la Faculté de Paris mit aux concours « l'Histoire et la critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle », et elle couronna le mémoire déposé par M. Baret qui a été publié en 1872 (voyez ci-dessous, nº 1505).

On ne sait à quand remonte l'usage des *reconnaissances* d'enfants naturels : on sait seulement qu'il était inconnu du droit romain (2). Dans notre ancien droit, il n'existait aucune règle de forme pour ces reconnaissances. Il semble même qu'on n'exigeait pas un acte écrit, et qu'un aveu verbal était suffisant. Du reste, les reconnaissances émanaient surtout du père, la mère étant ordinairement connue en fait. L'usage des reconnaissances faites par les filles-mères paraît avoir eu pour cause un édit de Henri II, de février 1556 (1557 n. st.), qui ordonnait aux femmes non mariées, lorsqu'elles devenaient grosses, d'en faire la déclaration, sous peine d'être punies comme homicides si l'enfant mourait privé du baptême (3). Cet édit, qui avait pour but d'empêcher les suppressions de part, se trouva finalement donner aux enfants naturels une preuve de leur filiation maternelle.

§ 2. — *Formes de la reconnaissance.*

****1469. Le principe d'authenticité.** — La loi française n'admet comme reconnaissances valables que celles qui sont faites *par un acte authentique* (art. 334) ; on ne peut donc pas reconnaître un enfant naturel d'une

(1) Le Premier Consul disait que l'État n'est pas intéressé à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée. L'*intérêt* de l'État n'est ici qu'un élément secondaire ; ce qui mérite d'être pris en considération, c'est le *droit* de l'enfant naturel. La loi française se contredit elle-même : Si l'enfant naturel a des droits à exercer contre sa mère, ne doit-on pas lui donner les moyens de prouver sa filiation autant que la nature des faits s'y prête ?

(2) Le droit roumain ne connaît pas les reconnaissances d'enfants naturels (Cass. roumaine, 22 janv. 1896, ALEXANDRESCO, p. 9).

(3) Les déclarations de grossesse, quoique rares, sont restées longtemps dans les mœurs. Les recueils d'arrêts en montrent quelques-unes (Grenoble, 13 janv. 1840, D. 40. 2. 206 ; Lyon, 3 août 1851, D. 53. 2. 54 ; Colmar, 25 janv. 1859, D. 59. 2. 61 ; Lyon, 20 avril 1854, D. 54. 2. 186 ; Orléans, 18 févr. 1858, D. 58. 2. 114 ; Cass., 1er déc. 1869, D. 70. 1. 97).

manière quelconque. Cette formalité a été prescrite dans le double but d'assurer 1° la liberté de celui qui fait la reconnaissance, et 2° la conservation de la preuve au profit de l'enfant (1). La reconnaissance d'enfant naturel est ainsi un *acte solennel*, et elle n'aurait aucune valeur si la forme authentique n'avait pas été employée. Voyez toutefois n° 1475, ci-dessous.

****1470. Officiers publics compétents.** — La solennité requise par la loi consiste uniquement dans la rédaction d'un acte authentique (art. 334). Les officiers publics compétents pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels sont les officiers de l'état civil et les notaires.

1° Officiers de l'état civil. — Ils étaient tout naturellement désignés puisqu'il s'agit de dresser un acte destiné à constater la filiation d'un enfant. La reconnaissance peut être faite devant eux en même temps que la déclaration de naissance. Alors elle se trouve *contenue dans l'acte de naissance*, et cet acte constate à la fois la naissance de l'enfant naturel et l'aveu de paternité ou de maternité fait par le père ou la mère de l'enfant. — Lorsque la reconnaissance n'a pas été faite dans l'acte de naissance, elle peut être reçue à l'état civil *par acte séparé* ; elle figure alors à sa date sur les registres des naissances, et on la mentionne en marge de l'acte constatant la naissance de l'enfant reconnu (2). Il se peut enfin que la reconnaissance soit faite au dernier moment, en vue d'obtenir à l'enfant le bénéfice de la légitimation par le mariage de ses père et mère. On peut alors l'insérer *dans l'acte de mariage* (art. 331).

La reconnaissance peut être reçue dans une commune quelconque.

2° Notaires. — D'après le projet de Code, les officiers de l'état civil avaient seuls compétence pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels : « Toute reconnaissance doit être portée aux registres de l'état civil » ; et c'est encore ce que suppose l'art. 62 au titre « Des actes de l'état civil » : « L'acte de reconnaissance sera inscrit sur les registres ». Mais quand on arriva au titre « De la filiation », quelqu'un fit remarquer que les registres de l'état civil sont publics et que cette publicité empêcherait quelquefois les parents de reconnaître leur enfant. L'observation n'était pas concluante, car la publicité des registres est établie pour des raisons d'ordre supérieur devant lesquelles doivent fléchir des répugnances de ce genre ; les rapports de parenté intéressent les tiers autant que les parties elles-mêmes. Néanmoins elle parut juste, et on modifia l'art. 334 pour dire : « par acte authentique », ce qui convient également aux notaires, dont les

(1) La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte irrévocable. Si elle avait pu se faire par acte sous seing privé, son auteur aurait eu en fait un moyen de la révoquer en détruisant cet écrit.

(2) La loi du 30 novembre 1906, qui a limité la publicité des *actes de naissance* des enfants naturels (ci-dessus, n° 477) a laissé entière celle des actes de reconnaissance, quand ils sont reçus isolément. Par là encore, elle n'atteint pas son but.

actes restent secrets ; la communication n'en peut être obtenue que par les parties intéressées (L. 25 ventôse an XI, art. 23). Il y a quelque chose de singulier dans ces « aveux » de paternité ou de maternité, faits de telle manière que la filiation *avouée* reste *cachée*.

Les reconnaissances par devant notaire doivent être *rédigées en minute* (L. 25 ventôse an XI, art. 20 et 68), c'est-à-dire que le notaire doit conserver l'original, à peine de nullité. D'autre part, la présence du second notaire ou des témoins instrumentaires est nécessaire ; la reconnaissance d'enfant naturel est un des actes pour lesquels cette formalité a été maintenue par les lois du 21 juin 1843 et du 12 août 1902.

***1471. Incompétence des autres officiers publics.** — Quoique les mots « acte authentique » aient une portée très large, aucun autre officier public n'a qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Les *greffiers*, les *huissiers*, les *commissaires de police*, les *agents de l'ordre administratif* (1) rédigent bien des actes authentiques, mais ils ne confèrent l'authenticité qu'à ceux qu'ils rédigent dans les limites de leurs attributions. Or aucun d'eux n'a été chargé par la loi de recevoir les actes des particuliers ; cette fonction est le monopole des notaires, et quand on a remanié la rédaction de l'art. 334, on n'a eu en vue que ces derniers. A plus forte raison ne pourrait-on pas s'adresser aux ministres des cultes.

***1472. Reconnaissance faite en justice.** — Si personne n'a qualité pour faire concurrence aux officiers de l'état civil et aux notaires, quand l'auteur de la reconnaissance se présente pour en faire dresser acte, il peut cependant arriver qu'une reconnaissance soit authentiquement constatée sans leur intervention au moyen d'un *aveu fait en justice*, car les tribunaux ont qualité pour donner acte de ce qui se dit devant eux.

Les applications de ce principe sont les suivantes :

1° La reconnaissance peut être faite verbalement *à l'audience* par l'une des parties ; si la partie adverse en demande acte, le fait se trouvera *constaté par le registre d'audience*.

2° Un *magistrat chargé de l'instruction* d'une affaire criminelle peut recevoir l'aveu de paternité ou de maternité et le *consigner dans le procès-verbal* (Cass., 13 juill, 1886, D. 87. 1. 119, S. 87. 1. 65). Cependant on admet que les dépositions d'un témoin dans une procédure criminelle ne constituent pas un aveu judiciaire qui puisse plus tard lui être opposé (Cass. crim., 18 nov. 1854, D. 56. 1. 348).

3° Même solution si la reconnaissance est faite devant un *juge-commissaire* chargé d'entendre les témoins dans une *enquête civile*.

4° Ces décisions ont été tout naturellement étendues aux déclarations faites devant le *juge de paix* lorsqu'il siège comme *magistrat conciliateur*. Quand il réussit à concilier les parties, le procès-verbal qu'il dresse pour constater leurs conventions fait foi comme acte authentique de tout ce qu'il contient. Si une reconnaissance d'enfant naturel s'y trouve mentionnée, la filiation pourra être prouvée à l'aide des registres de la justice de paix ; on ne peut cependant pas dire qu'elle a été faite « en justice », car pendant le préliminaire de conciliation l'instance n'est pas encore ouverte.

5° La Cour de Douai, allant plus loin encore, a jugé en 1861 que le *juge de paix* avait qualité pour recevoir une déclaration de paternité ou de maternité lorsqu'il préside un *conseil de famille*, et qu'elle serait régulièrement constatée par le procès-verbal de la séance, qui est un acte authentique. Cette dernière extension est fort douteuse.

1473. Absence de formule obligatoire. — La loi n'impose aucune formule sacramentelle. Il n'est même pas nécessaire que l'acte notarié qui contient la reconnaissance

(1) Voyez un exemple de reconnaissance nulle comme contenue dans un acte d'engagement militaire (Limoges, 6 déc. 1886, D. 88. 2. 93).

ait été spécialement dressé pour la recevoir : elle peut s'y trouver *incidemment* et même *implicitement* contenue. Telle est la déclaration faite par le père qu'il a eu des relations intimes avec la mère, à la suite desquelles elle est devenue grosse, et qu'il prend à sa charge la nourriture et l'entretien de l'enfant (Cass., 2 janv. 1895, D. 95. 1. 367, S. 95. 1. 115). Tel est encore le fait de la mère qui assiste au mariage de son fils pour y donner son consentement, alors que celui-ci l'indique comme étant sa mère (Cass., 3 avril 1872, D. 72. 1. 113. Autres exemples : Cass., 24 janv. 1888, D. 88. 1. 302, S. 89. 1. 53 ; Amiens, 26 nov. 1891, D. 92. 2. 425). La reconnaissance peut donc résulter de simples *énonciations* contenues dans l'acte, sans faire elle-même l'objet de son *dispositif*.

***1474. Nullité radicale des reconnaissances sous seing privé.** — Il résulte de l'art. 334 qu'une reconnaissance faite dans un acte sous seing privé n'a, comme telle, aucune valeur. Elle n'est pas susceptible de confirmation, et ne deviendrait pas efficace par son *dépôt* chez un notaire, ni par sa *vérification* en justice, alors même que son auteur aurait volontairement reconnu sa signature. Le dépôt chez le notaire ne confère pas à l'acte déposé l'authenticité ; il en assure seulement la conservation ; quant à la reconnaissance de la signature en justice, elle n'équivaut pas à l'aveu des faits constatés dans l'écrit. — Il en serait toutefois autrement si l'acte de dépôt rédigé par le notaire relatait lui-même la reconnaissance de l'enfant, ou si, outre la reconnaissance de signature, il y avait eu aveu en justice de la filiation de l'enfant : alors la reconnaissance aurait été *réitérée* et revêtue à la seconde fois d'une authenticité suffisante.

****1475. Exception relative à la mère.** — La loi exige donc l'authenticité de la reconnaissance, mais la jurisprudence a trouvé le moyen d'en dispenser la mère dans un cas particulier. La règle légale sur la *forme* des reconnaissances cesse de lui être applicable lorsque le père a reconnu l'enfant avant elle et qu'il l'a *désignée dans l'acte*. En pratique cette désignation de la mère par le père se rencontre surtout dans les reconnaissances anticipées faites avant la naissance de l'enfant : le père n'a pas d'autre moyen d'indiquer l'enfant auquel la reconnaissance s'applique que de désigner la femme qui est grosse de lui. La jurisprudence dispense alors la mère de l'obligation d'employer la forme authentique, quand elle consent à son tour à reconnaître l'enfant (Nîmes, 15 févr. 1887, S. 87. 2. 172 ; Cass. Belgique, 6 juill. 1888, D. 89. 2. 236).

Cette décision a été obtenue par une interprétation particulière que les arrêts donnent de l'article 336. Aux termes de cet article, « la reconnaissance faite par le père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père » ; la jurisprudence conclut de là, par un raisonnement *a contrario*, que la reconnaissance faite par le père produit effet à l'égard de la mère, lorsqu'elle est faite *avec l'indication et l'aveu de celle-ci*. *L'indication* de la mère, nous la supposons par hypothèse contenue dans l'acte, et elle vient du père ; l'*aveu* viendra de la mère et s'y joindra plus

tard, le jour où elle reconnaîtra sa maternité, et il pourrait se faire sous une forme quelconque, puisque la loi n'en exige spécialement aucune. Ce pourra être un aveu contenu dans un acte écrit ordinaire, dans une *lettre missive* par exemple ; ce pourra être aussi un aveu *tacite*, résultant de la conduite de la mère, des soins qu'elle a donnés à l'enfant, etc. En d'autres termes, il suffit que la mère ratifie d'une manière ou d'une autre la désignation faite d'elle par le père ; l'enfant sera tenu pour reconnu par elle, sans qu'il y ait besoin de faire dresser un nouvel acte (Liège, 7 janv. 1893, D. 94. 2. 493 ; Cass. 25 nov. 1913, P. et S. 1914. 1. 95). — On verra ci-dessous (nº 1477) ce qu'il faut penser de ce sens donné aux mots « l'aveu de la mère » dans l'art. 336.

§ 3. — *Par qui la reconnaissance peut être faite.*

***1476. Caractère personnel de la reconnaissance.** — La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte éminemment personnel : c'est un *aveu* qui ne peut émaner que du père pour la filiation paternelle, et de la mère pour la filiation maternelle, ou de leur fondé de pouvoir. Toute autre personne est à cet égard sans qualité. Ni les parents ni le tuteur de la personne à laquelle appartient l'enfant ne peuvent le reconnaître sans mandat spécial de sa part ; chacun des deux parents de l'enfant ne peut faire la reconnaissance que pour lui et non pour l'autre. Après la mort du père naturel ou de la mère naturelle, ses héritiers ne peuvent pas reconnaître l'enfant (Paris, 11 juin 1891, D. 92. 2. 533, S. 92. 2. 213).

Les deux parents peuvent reconnaître l'enfant *en même temps* ou *séparément*. La reconnaissance faite par l'un d'eux lui est personnelle et ne produit d'effets que contre lui ; elle reste sans effet à l'égard de l'autre, alors même que son nom serait indiqué dans l'acte.

1477. Solution exceptionnelle concernant la mère. — En interprétant l'art. 336 de la façon qui a déjà été expliquée au nº 1475, la jurisprudence en a fait sortir une double dérogation au droit commun : l'une, qui a déjà été expliquée, consiste en ce que la femme, qui a été désignée comme mère de l'enfant dans une reconnaissance émanée du père, se trouve dispensée d'employer la forme authentique quand elle veut avouer sa maternité ; l'autre consiste en ce que l'*écrit*, par lequel son nom se trouve révélé, n'émane pas d'elle, mais bien du père de l'enfant. A vrai dire, cet écrit (la reconnaissance faite par le père avec indication du nom de la mère) ne fait pas à lui seul preuve complète : néanmoins il a une certaine valeur et facilite la preuve à fournir contre la mère.

Pour justifier sa solution, la jurisprudence s'appuie sur l'argument *a contrario* déjà indiqué au nº 1475 : la loi disant que « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père », cette même reconnaissance faite *avec l'indication et l'aveu de la mère* a effet même à l'égard de celle-ci. — Il est facile de détruire le principe même de cette jurisprudence en démontrant le véritable sens de l'art. 336. On s'était demandé, dans la préparation du Code, s'il convenait de permettre au père de se faire connaître sans que la mère confirmât sa reconnaissance. On craignait que le premier venu

ne s'attribuât la paternité d'un enfant dont la mère n'aurait eu aucune relation avec lui. N'y aurait-il point scandale à voir plusieurs reconnaissances d'un même enfant de la part de ceux qui ont eu en même temps des rapports avec sa mère? La section de législation avait donc proposé de dire : « *Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet* », mais on reconnut qu'il serait dangereux de subordonner la reconnaissance du père à l'aveu de la mère : celle-ci est peut-être morte, absente ou folle ; même sans cela, bien des raisons peuvent l'empêcher d'avouer sa maternité. On proposa alors une nouvelle rédaction : « *La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet.* » Finalement, cette faculté laissée à la mère de détruire péremptoirement la reconnaissance du père parut elle-même dangereuse et on se mit d'accord pour décider que chacun des deux parents pourrait reconnaître librement l'enfant malgré le silence ou l'opposition de l'autre. L'art. 336 est le résultat de cette discussion. La rédaction primitivement arrêtée était celle-ci : « *La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu.* » Cette formule a été remplacée par celle qui est reproduite plus haut, sans que la discussion ait été ouverte de nouveau sur la question. Le texte veut dire simplement que la reconnaissance du père peut avoir lieu sans la volonté de la mère et même sans que celle-ci soit connue. Il suffit de comparer le texte de l'article actuel avec les premières formes du projet pour se convaincre que l' « aveu » dont il est question est l'aveu, *fait par la mère*, que l'auteur de la reconnaissance est bien le père de l'enfant.

1478. Capacité nécessaire pour reconnaître un enfant naturel. — La loi n'en a pas parlé. Par suite du silence des textes, il est admis que la reconnaissance faite par un incapable est efficace, pourvu qu'il comprenne ce qu'il fait. Ainsi une reconnaissance peut être faite :

1° Par une *femme mariée*, sans l'autorisation de son mari (arg. art. 337) ;

2° Par un *mineur*, même non émancipé, sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur ;

3° Par un *interdit* pendant un intervalle lucide, et à plus forte raison par un prodigue ou un faible d'esprit (Caen, 26 avril 1887, S. 87. 2. 125).

Si l'incapacité juridique produisait ici son effet ordinaire, elle empêcherait complètement la reconnaissance de l'enfant, car c'est un de ces actes pour lesquels il est impossible d'admettre la substitution de la volonté d'autrui à celle de l'incapable. La reconnaissance doit être l'œuvre d'une volonté libre et personnelle ; elle doit émaner directement du père ou de la mère. Voyez cependant les observations de LAURENT, *Principes*, t. IV, nos 36 à 41.

1479. Reconnaissance par mandataire. — Celui qui veut reconnaître un enfant naturel peut faire dresser l'acte de reconnaissance par l'intermédiaire d'un mandataire, mais il faut que ce mandataire soit porteur d'une procuration *spéciale* et *authentique* (notariée) (arg. art. 36 C. civ. et L. 21 juin 1843, art. 2). Le mandat peut être révoqué tant que l'acte de reconnaissance n'a pas été signé par le mandataire.

§ 4. — *Quels enfants peuvent être reconnus.*

A. — Enfants non actuellement vivants.

1480. Reconnaissance d'un enfant non encore né. — La reconnaissance peut avoir lieu *à toute époque* ; elle peut se faire même *avant la nais-*

sance de l'enfant, pendant la grossesse de la mère, lorsque le père, par exemple, craint de mourir avant la naissance de son enfant. Il est vrai qu'alors l'acte se fait au profit d'une personne qui n'existe pas encore ; mais c'est le cas d'appliquer la maxime : « Infans conceptus pro nato habetur », puisqu'il y va de l'intérêt de l'enfant. Voyez-en une application dans Cass., 13 juill. 1886, D. 87. 1. 119, S. 87. 1. 65.

***1481. Reconnaissance d'un enfant déjà mort.** — La reconnaissance peut avoir lieu *même après la mort de l'enfant.* Cette reconnaissance posthume ne souffre pas de difficulté *quand l'enfant naturel a laissé lui-même des enfants légitimes* : ceux-ci en profiteront, car ils pourront désormais succéder à leur grand-père naturel (art. 332 et 761). Il y a doute, au contraire, lorsque l'enfant naturel est *décédé sans postérité.*

La reconnaissance dont il est l'objet après sa mort n'a d'autre utilité que de donner à ses père et mère le droit de lui succéder (1). Elle se présente dès lors sous un jour peu favorable, car elle est inspirée par une pensée intéressée. Son auteur a gardé le silence, tant que l'enfant a vécu ; il se fait connaître seulement quand il y a un bénéfice à recueillir et qu'il n'y a plus de charges à accepter. On fait, en outre, intervenir les règles de la légitimation : d'après l'art. 332, la légitimation n'est plus possible lorsque l'enfant est décédé sans postérité (en ce sens Cass. de Florence, 12 janv. 1885 et ch. réunies, 6 juill. 1886, S. 85. 4. 48 et 86. 4. 22). Mais en France la jurisprudence, après quelques hésitations (Paris, 26 avril 1852, D. 53. 2. 181, S. 52. 2. 525), a fini par se prononcer en faveur de la validité de la reconnaissance, alors même qu'elle serait faite dans le but de succéder à l'enfant décédé (Lyon, 26 févr. 1875 et Paris, 6 mai 1876, S. 77. 2. 18 et 19 ; Poitiers, 27 décembre 1882, D. 83. 2. 120, S. 83. 2. 188) (2). Il y a, en effet, une grande différence entre la reconnaissance et la légitimation, et de ce que l'une est impossible, on ne peut pas conclure que l'autre le soit également ; la légitimation est un *bénéfice* qui a pour but de conférer un *droit nouveau* à l'enfant ; elle n'a donc plus de raison d'être s'il est mort sans laisser de postérité. Au contraire : la reconnaissance est *déclarative,* elle constate un lien naturel, une parenté qui produit des effets utiles pour les parents aussi bien que pour l'enfant ; c'est la *preuve d'un fait antérieur.* On comprend donc qu'elle puisse intervenir à un moment où l'enfant n'en peut plus profiter et quoiqu'il n'ait pas de représentants. Comp. Bruxelles, 18 mars 1902, D. 1905. 2. 102.

B. — Enfants adultérins ou incestueux.

****1482. Prohibition de la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux.** — Aux termes de l'art. 335, la reconnaissance ne peut avoir lieu « au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin ». Cette prohibition, qui était jadis absolue, est fondée sur une raison morale ; la loi française considère comme un scandale la révélation dans un acte public d'un fait aussi immoral que l'adultère ou l'inceste. Cependant, en Allemagne, on ne fait pas cette différence entre l'enfant adultérin ou incestueux et le naturel simple ; et en France même, la loi du 7 novembre 1907

(1) Cependant, on a vu une mère reconnaître son fils naturel tué à l'ennemi, pour exempter un autre fils du service militaire (Caen, 28 mai 1858, S. 58. 2. 535).

(2) Voyez cependant Rouen, 28 déc. 1899, D. 1901. 2. 71. Cet arrêt a annulé une reconnaissance posthume d'enfant naturel comme dictée par la cupidité.

y a apporté de graves dérogations en autorisant la légitimation et par suite la reconnaissance de deux catégories d'enfants adultérins (ci-dessous, nº 1553).

****1483. Sanction de la prohibition.** — Les conséquences de la prohibition écrite dans l'art. 335 sont au nombre de deux :

1º Le *refus de l'officier public de dresser l'acte*, lorsque le caractère adultérin ou incestueux de la filiation lui est connu ou ressort des déclarations qui lui sont faites. En disant que la reconnaissance « ne peut avoir lieu », le Code ordonne implicitement aux officiers publics de ne pas prêter leur ministère à un acte illégal.

2º La *nullité de la reconnaissance.* Il peut arriver que l'officier public ignore la vérité ou qu'il soit de connivence avec les parties et qu'il reçoive la reconnaissance ; le plus souvent l'auteur de cette reconnaissance se garde bien de lui faire connaître la situation. En pareil cas, la reconnaissance est nulle lorsqu'il est légalement établi que l'enfant reconnu est né d'un inceste ou d'un adultère. La nullité n'est pas expressément prononcée par la loi ; mais on sait qu'elle est la sanction normale des textes qui prohibent un acte juridique (voyez ci-dessus, nº 337).

La reconnaissance, étant nulle, ne produit *aucun effet, ni en faveur de l'enfant ni contre lui.* Ainsi, d'une part, l'enfant ne peut pas s'en faire un titre pour réclamer des aliments à ses parents, et d'autre part, personne ne peut s'en servir pour faire réduire les libéralités qu'il a reçues d'eux.

1484. Condition d'application de la nullité. — La sévérité de la loi qui annule la reconnaissance ne reçoit d'ordinaire qu'une *demi-application*, car elle n'empêche la reconnaissance que de la part d'un seul des parents. En effet, si l'enfant est adultérin, celui des deux qui est libre peut le reconnaître, et sa reconnaissance est valable ; si l'enfant est incestueux, l'un d'eux, soit le père, soit la mère, peut faire également une reconnaissance isolée : l'autre parent restant inconnu, rien ne viendra révéler l'adultère ou l'inceste, et l'enfant jouira avec le parent qui l'a reconnu de tous les droits d'un enfant naturel simple. Bien plus : si l'autre parent le reconnaissait à son tour, cette reconnaissance, frappée de nullité par l'art. 335, ne pourrait pas nuire à l'enfant dont la situation resterait intacte. Pour que la prohibition de l'art. 335 annule à la fois les deux reconnaissances, il faut supposer qu'elles ont été faites par un seul et même acte. (Trib. d'Arcis-sur-Aube, 23 févr. 1893, D. 93. 2. 564 ; Cass., 17 juill. 1900, D. 1900. 1. 558, S. 1901. 1. 345).

L'application de l'art. 335 à une reconnaissance isolée est beaucoup plus fréquente. Par exemple, lorsque l'enfant a déjà été reconnu par un parent de l'auteur de la reconnaissance : la seconde est nulle ; ou lorsqu'il s'agit d'un enfant adultérin désavoué par le mari de la mère : le père de l'enfant ne peut pas reconnaître cet enfant qui est adultérin. On voit encore la nullité résulter de cette circonstance que le père, en déclarant la paternité, attribue l'enfant à une femme mariée avec un autre homme (Cass., 1er mai 1861, D. 61. 1. 241, S. 61. 1. 486) ou lorsque la mère attribue la paternité de l'enfant à un homme marié avec une autre femme (Cass., 29 janv. 1883, D. 83. 1. 319, S. 84. 1. 73). En pareil cas, la jurisprudence applique à cette déclaration complexe le principe de *l'indivisibilité de l'aveu* : le déclarant avoue lui-même que l'enfant est adultérin, il ne peut pas diviser son aveu. Dès lors sa déclaration est frappée de nullité, même en ce qui le concerne.

§ 5. — *Résultat de la reconnaissance.*

***1485. Confusion à éviter.** — Il importe de se mettre en garde contre une erreur que l'on commet presque toujours : on parle des « effets » de la reconnaissance. La reconnaissance d'un enfant naturel ne produit pas d'*effets* ; ce n'est pas un *acte*, dans le sens d' « opération », de « negotium », produisant des conséquences juridiques ; elle n'est qu'un *moyen de preuve* destiné à constater un fait, la filiation d'un enfant, et c'est ce fait, quand il est légalement prouvé, qui produit divers effets de droit. Ces effets semblent résulter de la reconnaissance, parce qu'elle est la *condition de leur réalisation* ; ils résultent en réalité du rapport de parenté constaté par la reconnaissance.

***1486. Rétroactivité de la reconnaissance.** — Les prétendus effets de la reconnaissance étant en réalité ceux de la filiation, il en résulte qu'ils se produisent non pas seulement à compter du jour de la reconnaissance, mais à compter du jour de la naissance de l'enfant, et même en sa faveur, du jour de la conception. Ainsi l'incapacité de recevoir à titre gratuit (art. 908) s'appliquera même à une donation faite à l'enfant par son père ou par sa mère avant la reconnaissance (Dijon, 18 déc. 1891, D. 92. 2. 217, S. 92. 2. 44, — Comp. Cass., 22 janv. 1884, D. 84. 1. 117, S. 84. 1. 227 ; Orléans, 5 févr. 1885, D. 86. 2. 166, S. 85. 2. 152).

***1487. Portée absolue de la reconnaissance.** — La reconnaissance est un mode de preuve d'une valeur générale, opposable ou profitable à tous ; c'est un *acte de l'état civil* et non un jugement. Il est désormais vrai pour tout le monde que l'enfant a pour père ou mère celui ou celle qui l'a reconnu. L'enfant peut s'en faire un titre contre tous pour faire valoir ses droits, et à l'inverse toute personne peut lui opposer la reconnaissance dont il a été l'objet, quand il s'agit de son incapacité de recevoir.

****1488. Exception apparente pour les reconnaissances faites pendant le mariage.** — On signale, il est vrai, une exception dans l'art. 337, d'où il semble résulter que la reconnaissance faite par une personne mariée, d'un enfant naturel né d'une autre personne que de son conjoint, ne peut être opposée ni au conjoint ni aux enfants issus du mariage. Cette disposition sera expliquée plus loin (n°s 1495 et suiv.). Le législateur commet ici la confusion signalée plus haut : il attribue à la reconnaissance les effets de la filiation. La *force probante* de la reconnaissance — qui est son seul effet — n'est pas *amoindrie* par l'art. 337 : ce sont les droits de l'enfant naturel qui souffrent une diminution grave dans l'intérêt de la famille légitime. Mais il n'en est pas moins acquis, même à l'égard de l'autre conjoint et des enfants nés du mariage, que la personne reconnue est l'enfant naturel de l'auteur de la reconnaissance, et par suite ils pourraient se prévaloir contre lui des incapacités qui le frappent.

****1489. Destruction de la reconnaissance par la preuve contraire.** — La

preuve de la filiation, qui résulte de la reconnaissance, n'est pas une preuve irréfutable. La preuve contraire est *toujours admissible* lorsque la reconnaissance est contraire à la vérité (art. 339). On peut donc prétendre que la reconnaissance n'est pas sincère ; qu'elle émane d'une personne qui n'est pas le véritable père ou la véritable mère ; que, par suite, elle attribue à l'enfant une fausse filiation. Comp. Poitiers, 30 déc. 1907, P. et S. 1909. 2. 313 ; Cass., 4 juill. 1912, P. et S. 1913. 1. 390.

La preuve de la fausseté de la reconnaissance se fait par tous les moyens propres à prouver que l'enfant n'appartient pas à celui qui l'a reconnu. Les témoignages et les simples présomptions sont reçus, sans condition d'écrits ou de commencement de preuve par écrit.

***1490. Personnes autorisées à contester la reconnaissance.** — Le droit de critiquer la reconnaissance est expressément accordé par la loi à « tous ceux qui y ont intérêt » (art. 399). La loi ne distingue pas selon que cet intérêt est *pécuniaire* ou non ; il est souvent purement *moral*. Ainsi, pourront attaquer la reconnaissance :

1° L'*enfant lui-même*, qui a évidemment intérêt à établir sa véritable filiation. Cet intérêt existe indépendamment de toute question de succession.

2° L'*auteur de la reconnaissance*. A son égard, il y a eu quelques difficultés. On est tenté de lui refuser le droit d'attaquer la reconnaissance, car il a avoué sa paternité ou sa maternité, et cet aveu est irrévocable. Le texte lui-même semble supposer que la contestation est soulevée par l'enfant ou par des tiers, et dirigée contre l'auteur de la reconnaissance. Tel est l'avis de M. Demolombe, qui nie ce droit de rétractation. — Il y a cependant une raison décisive pour permettre à l'auteur même de la reconnaissance de la contester lorsqu'elle est mensongère ; c'est que l'état est d'ordre public, et qu'un mensonge ne peut pas attribuer à quelqu'un, à un titre définitif, une fausse paternité ou maternité. Il n'y a ici aucune dérogation à l'irrévocabilité de l'aveu, car *contester* n'est pas *rétracter*. Il ne s'agit pas de révoquer, par une simple déclaration, un aveu conforme à la vérité, mais de démontrer la fausseté d'une allégation ; ce prétendu aveu n'en est même pas un, car on n'*avoue* pas un fait qui n'a jamais eu lieu. — L'expérience a montré combien cette solution était nécessaire. Un tout jeune homme, sortant du collège Henri IV, fit la connaissance d'une femme qui avait un enfant déjà âgé de quatre ans. Par faiblesse, il se reconnut le père de cet enfant, né plusieurs années avant qu'il n'eût connu la mère. La cour de Lyon reçut son action en contestation de la reconnaissance (Lyon, 13 mars 1856, D. 56. 2. 232, S. 56. 2. 586).

3° La personne qui prétend être elle-même *le véritable père* ou *la véritable mère* de l'enfant. L'intérêt moral est pour elle évident, et l'intérêt pécuniaire peut naître d'un moment à l'autre. Il est possible que les prétentions des deux adversaires soient contradictoires : par exemple, quand l'enfant est réclamé à la fois par deux personnes du même sexe, qui affirment toutes deux être son père ou sa mère ; mais cela n'est pas nécessaire pour que l'action soit recevable. Lorsque les deux prétentions peuvent se concilier, parce que les deux personnes qui revendiquent l'enfant comme le leur sont de sexe différent, l'intérêt de celui qui est le véritable parent est encore assez sérieux pour l'autoriser à contester une paternité ou maternité usurpée.

4° Les *héritiers de l'auteur de la reconnaissance*. Ils ont un intérêt pécuniaire à écarter l'enfant de sa succession, car la loi lui accorde des droits considérables (art. 757), mais ceci suppose que l'auteur de la reconnaissance est décédé.

5° Les *donataires* ou *légataires* de l'auteur de la reconnaissance. Leur intérêt est pécuniaire ; ils cherchent à échapper à l'action en réduction que l'enfant reconnu peut diriger contre eux.

6° Les *autres enfants naturels* nés du même auteur. Les frères et sœurs naturels se succèdent entre eux ; ils peuvent avoir intérêt à écarter un participant supplémentaire, dont le titre leur paraît faux.

1491. Procédure. — L'action doit être dirigée à la fois contre l'enfant et contre la personne qui l'a reconnu, de façon que le jugement leur soit opposable à tous deux ; sans cela l'autorité relative de la chose jugée obligerait à recommencer le procès contre celui qui n'aurait pas été mis en cause. Dans la pratique, quand l'enfant est mineur, on lui nomme un tuteur *ad hoc*, par imitation de ce qui se passe dans le cas de désaveu. Mais, cette nomination d'un tuteur spécial n'étant pas exigée par la loi, le procès pourrait s'engager avec le tuteur de l'enfant s'il en avait un.

1492. Imprescriptibilité de l'action. — L'action en contestation ouverte contre la reconnaissance est imprescriptible : le mensonge ne peut pas créer l'état d'une personne et donner au bout de trente ans un enfant à qui n'en a jamais eu. Toutefois, lorsque l'action en contestation se fonde sur un intérêt pécuniaire, elle n'est ouverte qu'autant que cet intérêt n'est pas lui-même prescrit.

1493. Fins de non-recevoir. — Aucune fin de non-recevoir spéciale ne peut être opposée à la demande. L'existence d'une possession d'état conforme à la reconnaissance n'empêcherait pas l'action de se produire. L'art. 322, qui établit cette fin de non-recevoir, est spécial à la filiation légitime (Cass., 12 févr. 1868, D. 68. 1. 60, S. 68. 1. 165 ; Toulouse, 2 févr. 1884, D. 85. 2. 227, S. 85. 2. 56). La jurisprudence antérieure était en sens contraire (Paris, 10 mai 1851, D. 53. 1. 177, S. 51. 1. 225 ; Aix, 30 mai 1866, D. 66. 2. 201, S. 67. 2. 73).

****1494. Irrévocabilité de la reconnaissance.** — Une fois faite, la reconnaissance est irrévocable, comme tout aveu.

Cette irrévocabilité, en elle-même, ne fait pas difficulté, mais son application devient douteuse lorsque la reconnaissance se trouve contenue dans un acte révocable comme un *testament*. Cela est possible, si le testament a été fait dans la forme notariée ; la reconnaissance qu'il renferme satisfait à l'art. 334 qui exige l'authenticité. Or le testament est, par son essence, un acte révocable à volonté : tant que vit le testateur, ce n'est qu'un projet, et il ne produit d'effet que par sa mort. Il y a donc lutte entre deux principes contraires ; aussi les avis sont-ils partagés. Pour soutenir que la reconnaissance est irrévocable, quoiqu'elle soit contenue dans un testament, on dit : il y a deux actes juridiques distincts contenus dans le même acte écrit : un testament, c'est-à-dire l'acte par lequel une personne dispose de ses biens pour le temps où elle ne sera plus, et une reconnaissance d'enfant naturel. De ces deux actes, l'un est révocable, l'autre ne l'est pas. La reconnaissance a beau être écrite sur le même papier que le testament, elle n'en fait pas partie. Le raisonnement paraît décisif, et l'on cite en ce sens quelques arrêts anciens, dont le plus récent est de 1829. Seulement, si on admet ce système, il faut en admettre toutes les conséquences ; il faut autoriser l'enfant naturel à se servir de la reconnaissance dont il a été l'objet *du vivant même du testateur* pour lui demander, par exemple, une pension alimentaire. On recule en général devant cette conséquence : il est inadmissible qu'une clause d'un testament puisse recevoir son exécution avant la mort du testateur. Cela seul suffirait à prouver qu'on fait fausse route. Rien de ce qui est écrit dans le testament ne peut être *acquis* pour personne. Tout ce qui s'y trouve déposé appartient encore à son auteur, et à lui seul ; son testament, c'est sa pensée intime, écrite, il est vrai, mais pour rester secrète ; tant qu'il est vivant, il en est aussi maître que si elle était privée de manifestation extérieure ; il ressemble en cela à l'auteur d'un ouvrage non publié. L'écriture n'est qu'une précaution prise pour éviter que l'affaiblissement ne l'empêche, aux derniers moments de sa vie, de manifester sa volonté. La reconnaissance est réputée faite par acte de *dernière volonté* ; tant qu'il vit elle n'est pas faite encore. On peut comparer le testament à la *procuration notariée* donnée à l'effet de reconnaître l'enfant : quoique le fait de la paternité s'y trouve énoncé, cette énonciation ne vaut pas reconnaissance, parce qu'elle se trouve émise dans une forme conditionnelle et révocable, et non à l'état de volonté définitive (Demolombe, t. IV, n° 455).

§ 6. — *Réduction des droits de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage.*

A. — Explication de la disposition de l'art. 337.

***1495. A quel principe il y a dérogation.** — En général, les effets de la filiation naturelle, quand elle est régulièrement prouvée, sont toujours identiques à eux-mêmes ; l'enfant reconnu a toujours les mêmes droits, de sorte que l'on peut dire, en employant le langage courant, que *les effets de la reconnaissance sont indépendants de l'époque à laquelle elle est faite.* C'est à ce principe que vient déroger l'art. 337 en décidant que la reconnaissance d'un enfant naturel faite pendant le mariage par l'un des époux ne peut pas « nuire à l'autre époux ni aux enfants nés du mariage ». Il faut bien comprendre en quoi consiste ici la dérogation au principe. Cette reconnaissance intempestive n'est pas *nulle* ; elle constate régulièrement et définitivement la filiation de l'enfant ; elle n'aura donc pas besoin d'être refaite après la dissolution du mariage. Tout ce que la loi a voulu, c'est que l'enfant ne pût pas s'en faire un titre *nuisible à la famille légitime*, mais il lui est permis de l'opposer à tous autres, et même, si le mariage se dissout par la mort de l'autre conjoint et sans qu'il en reste d'enfants, les droits de l'enfant naturel ne subissent point de diminution.

***1496. Motif de la sévérité de la loi.** — La loi prévoit le cas où une personne ayant un enfant naturel non encore reconnu, se marie avec une tierce personne à laquelle l'enfant est étranger, et sans lui avouer l'existence de cet enfant ; puis elle le reconnaît au cours du mariage. Il y a là un manque de loyauté, une sorte de violation de la foi promise au conjoint. Lorsque celui-ci s'est marié pour fonder une famille légitime, il a dû croire que rien ne viendrait réduire les droits de ses enfants ou les siens propres, et voilà qu'un enfant naturel, inconnu de lui auparavant, vient lui enlever l'espoir de succéder à son conjoint (art. 760), ou diminuer la part des enfants nés du mariage (art. 758), sans parler de bien d'autres conséquences moins graves qui peuvent résulter de l'existence d'un enfant naturel ! C'est contre cette surprise que la loi a voulu protéger la famille légitime.

***1497. Inefficacité relative de la reconnaissance.** — Qu'a fait le législateur pour atteindre son but? Il n'a pas frappé la reconnaissance d'une *nullité* complète et véritable, mais bien d'une *simple inefficacité relative.* Le texte porte, en effet, que la reconnaissance « ne peut nuire ni au conjoint ni aux enfants nés du mariage ». Cela signifie que l'enfant bien que reconnu, ne pourra pas *faire valoir ses droits aux dépens du conjoint et des enfants légitimes*, que la loi veut protéger contre lui. Toutes les fois que le droit réclamé par lui nuirait à ces personnes, il se trouvera paralysé. Les diverses restrictions que subissent ainsi les droits de l'enfant naturel par application de l'art. 337 sont assez nombreuses. Comme exemples, nous citerons seulement les cas les plus faciles à comprendre, ceux qui contiennent les *principales applications* de la règle.

1° *Droit de succession.* — Supposons que l'époux, duquel émane la reconnaissance, vienne à mourir. S'il y a un ou plusieurs enfants légitimes nés du mariage, l'enfant naturel, qui d'ordinaire concourt avec ses frères ou sœurs légitimes, sera entièrement exclu, comme s'il n'avait pas été reconnu, car sa présence nuirait aux enfants légitimes en diminuant leurs parts.

S'il n'y a pas d'enfants nés du mariage, ni aucun parent au degré successible, le conjoint survivant, qui était désintéressé dans l'hypothèse précédente, devient alors l'adversaire de l'enfant naturel : au lieu d'être primé par lui conformément à l'art. 760, c'est lui qui exclura l'enfant de la succession parce que le défunt sera réputé mort sans enfants et on appliquera l'art. 767 qui défère la succession entière au conjoint survivant.

2° *Droit de faire réduire les libéralités reçues par le conjoint.* — Marcadé a soutenu que l'art. 337 n'empêchait pas l'enfant naturel reconnu pendant le mariage de faire réduire es libéralités faites par son auteur à l'autre conjoint survivant, tout au moins lorsque ces

libéralités n'ont pas été faites par le contrat de mariage. Sa raison est que le conjoint n'a pas reçu ces libéralités en qualité de conjoint. C'est déplacer la question : il ne s'agit pas de savoir d'où viennent, *pour le conjoint*, les droits auxquels la reconnaissance de l'enfant va porter atteinte, mais bien d'où vient, *pour l'enfant*, le droit d'agir contre le conjoint. Or l'action en réduction est accordée par la loi aux héritiers réservataires ; l'enfant naturel agit donc en sa qualité d'enfant reconnu, il tient son action de la reconnaissance dont il a été l'objet ; cela suffit pour écarter sa prétention de faire réduire les libéralités reçues par le conjoint. En sens contraire, Douai, 26 févr. 1903, D. 1904. 2. 385, S. 1905. 2. 145.

***1498. Droits restant à l'enfant naturel.** — La loi n'a voulu protéger que le conjoint et les enfants nés du mariage. Elle n'empêche pas l'enfant naturel d'opposer son titre à toute autre personne, aux *collatéraux* par exemple, ou aux *enfants nés d'un précédent mariage*. Aussi le texte dit-il : « Néanmoins elle produira son effet, après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. » On doit même admettre que l'enfant naturel n'est pas privé des effets de la filiation qui ne sont pas de nature à nuire à la famille légitime : ainsi il est soumis à la puissance paternelle, et porte le nom de son père (1). Ce sont seulement les *intérêts pécuniaires* que le Code a voulu sauvegarder.

1499. Droit aux aliments. — L'enfant reconnu pendant le mariage a-t-il le droit de réclamer des aliments à celui qui l'a reconnu? Il existe sur cette question deux arrêts en sens contraires. L'un, du 16 décembre 1861 (D. 62, 1. 39, S. 62. 1. 419), a décidé qu'un enfant naturel reconnu *par une femme mariée* ne pouvait pas réclamer d'aliments au mari de cette femme, sur les biens de la communauté ; l'autre, du 13 juillet 1886 (D. 87. 1. 119, S. 87. 1. 65), a permis dans les mêmes circonstances à un enfant reconnu *par le mari* de se faire payer des aliments tant sur les biens personnels du mari, que sur les biens de la communauté. On a concilié ces deux arrêts en faisant remarquer que le mari a la libre disposition de ses revenus et de ceux de la communauté, qu'il peut les dépenser sans en faire profiter sa femme et ses enfants, et que, par suite, le service d'une pension alimentaire à son enfant naturel ne nuit pas à la famille légitime, tandis que la pension servie à un enfant naturel de la femme serait prise sur des revenus dont le mari a la jouissance (Note de M. Chavegrin dans le *Sirey*). Mais la doctrine continue à enseigner en général que le droit aux aliments devrait toujours être refusé à l'enfant, parce que c'est un droit légal attaché à sa qualité d'enfant reconnu et que l'art. 337 s'oppose à ce qu'il le fasse valoir. — Il est permis de penser que le refus d'aliments est, en toute hypothèse, une solution barbare.

1500. Capacité de l'enfant de recueillir des libéralités. — L'art. 337 a été écrit pour priver l'enfant, dans l'intérêt de la famille légitime, des droits qu'il tient *de la loi*, par exemple comme héritier *ab intestat* ou comme créancier d'aliments. Il n'a pas pour but de priver l'enfant des *libéralités* entre vifs ou testamentaires que son père ou sa mère naturelle a pu lui faire. Ces libéralités ne sont pas un effet de la reconnaissance ; elles ont une autre source et auraient pu tout aussi bien intervenir au profit de l'enfant, *même s'il n'avait pas été reconnu* (Nîmes, 6 juin 1877 et Cass., 28 mai 1878, D. 78. 1. 401, S. 79. 1. 337).

La doctrine se prononçait unanimement en sens contraire ; selon les auteurs, les libéralités faites à l'enfant ne pouvaient pas recevoir leur effet, grâce à la combinaison de l'art. 337 avec l'art. 908. D'après ce dernier article, la capacité de l'enfant naturel de recevoir à titre gratuit a pour limite l'étendue de ses droits successifs : il ne peut pas recevoir par libéralité au delà de ce qui lui est attribué comme héritier *ab intestat* ; il en résulte que lorsque sa part héréditaire se réduit à zéro par application de l'art. 337, sa capacité comme donataire ou légataire est également nulle. — A cela on a répondu que l'art. 908 détermine la capacité de l'enfant d'après ce qui lui est accordé au titre « Des successions ». Or là, les art. 758-760 attribuent à l'enfant naturel une part considérable, et l'art. 337 qui la supprime est placé au titre « De la paternité ». L'argumentation de la doctrine repose sur une combinaison de textes probablement imprévue du législateur, et fait produire à la loi une conséquence inutile.

(1) Le Code italien (art. 183) dit que l'enfant ne peut pas être introduit dans la maison conjugale sans le consentement de l'autre époux, disposition qui formerait un utile complément de notre art. 337.

B. — Cas où l'art. 337 ne s'applique pas.

1501. Reconnaissance antérieure au mariage et ignorée du conjoint. — La pensée du législateur a été de protéger la famille contre la révélation inattendue de l'existence d'un autre ayant droit ; cependant il ne lui a pas accordé une protection entière : le conjoint et les enfants nés du mariage ne sont pas toujours en état de repousser le nouveau venu. D'abord les droits de l'enfant naturel restent intacts, lorsque sa filiation se trouvait régulièrement établie *avant le mariage*, alors même que son existence aurait été tenue secrète et n'aurait été révélée à l'autre époux qu'après la célébration du mariage. En ce cas la surprise de l'un et la mauvaise foi de l'autre sont aussi grandes que si la reconnaissance avait eu lieu pendant le mariage : mais il a paru impossible de priver l'enfant naturel des droits qu'un acte irrévocable lui a assurés.

1502. Reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage. — Il en est de même lorsque la reconnaissance se fait après la dissolution du mariage, c'est-à-dire *après la mort de l'autre conjoint* ou *après le divorce*. L'enfant naturel reconnu dans ces conditions obtient le droit de concourir dans la succession de son père même avec les enfants légitimes, et peut exercer tous ses autres droits, conformément aux règles ordinaires. Cependant ici encore, il y a surprise et fraude, mais le texte de la loi impose cette solution : l'art. 337 vise uniquement la reconnaissance faite *pendant le mariage*. On doit s'en tenir strictement aux termes de la loi, car le projet de Code contenait un autre article (Fenet, t. II, p. 67, art. 31) qui privait également d'effets la reconnaissance faite après la dissolution du mariage, et cet article a été supprimé.

1503. Cas où l'enfant appartient à l'autre conjoint. — L'art. 337 est inapplicable même à une reconnaissance faite pendant le mariage lorsque l'enfant naturel reconnu appartient également à l'autre conjoint. Cela résulte de la nature même de l'hypothèse prévue, et du texte qui suppose expressément que l'enfant est « né d'un autre que du conjoint ». S'il est né du conjoint, il n'y a ni surprise ni dol à punir. Donc, toutes les fois qu'il sera légalement prouvé que l'enfant reconnu pendant le mariage appartient aux deux conjoints, ses droits ne seront en rien amoindris.

***1504. Cas où la filiation est établie par une recherche en justice.** — De toutes les questions qu'a soulevées l'art. 337, celle-ci est la plus grave. Le texte prévoit une *reconnaissance volontaire* faite pendant le mariage, mais ce n'est pas seulement de cette façon que la filiation de l'enfant naturel pourra se trouver légalement établie. Il peut sans attendre le bon plaisir de son père ou de sa mère exercer, dans certains cas et sous certaines conditions, une action contre eux (1), et avoir pour titre un *jugement*. C'est ce qu'on appelle ordinairement une *reconnaissance forcée*. En pareil cas, l'art. 337 s'appliquera-t-il encore? Les droits de l'enfant naturel subiront-ils la même diminution? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative (16 déc. 1861, D. 62. 1. 39, S. 62. 1. 419), et sa décision a été suivie par la jurisprudence des Cours d'appel (Bordeaux, 25 mai 1892, D. 94. 2. 50) et approuvée par la plupart des auteurs, MM. Aubry et Rau, Valette, Demolombe. Les *deux arguments principaux* qui ont servi à généraliser la décision de l'art. 337 sont les suivants : 1° *Les effets de la filiation sont indépendants du mode de preuve employé pour l'établir* ; quand elle est prouvée, de quelque manière qu'elle ait pu l'être, ses effets sont toujours les mêmes ; 2° S'il fallait donner une solution différente pour les deux modes de preuve de la filiation naturelle, le parent de l'enfant aurait un *moyen facile d'éluder la loi* : au lieu de le reconnaître, il se ferait intenter un procès par lui, en lui fournissant les armes qui doivent lui assurer le succès, notamment un commencement de preuve par écrit.

Ces considérations ne sont pas décisives. Le premier argument est vrai *en général* ; mais on doit se demander s'il n'y a pas, *en l'espèce*, une raison de distinguer selon le mode de preuve, et cette raison existe justement. L'art. 337 a été écrit pour punir un manque de foi.

(1) Surtout contre la mère, car l'art. 340 interdit en principe les recherches de paternité naturelle.

Or ce manque de foi ne consiste pas simplement à avoir caché la naissance de l'enfant, car s'il y a là un manque de franchise, il n'y a point de dol, tant que l'époux ne donne à son enfant naturel aucun titre pour faire valoir ses droits ; ce que la loi a voulu atteindre, c'est le fait de conférer à l'enfant un titre régulier après avoir caché son existence au moment du mariage. *Ce motif n'existe que pour le cas de reconnaissance volontaire.* — Le second argument est encore plus faible. S'il y a une fraude à redouter, elle est bien facile à réprimer : l'enfant a devant lui la famille légitime, à laquelle il ne peut opposer aucun acte de reconnaissance volontaire postérieure au mariage : il était donc tout simple de ne l'autoriser à se servir, pour faire sa preuve, que *d'écrits ayant une date certaine antérieure au mariage.* De cette façon toute fraude était évitée (1). Enfin, il y a contre la jurisprudence actuelle un argument décisif : elle étend, sans utilité sérieuse à un cas non prévu par le texte, une *disposition exceptionnelle*, qui, à ce titre, aurait dû recevoir une *interprétation étroite.* — D'ailleurs, il en est de la reconnaissance forcée comme de la reconnaissance volontaire : le jugement n'est pas nul, il est seulement inefficace contre la famille légitime. Par suite, l'action est recevable et le jugement doit être rendu : l'enfant en tirera ensuite les conséquences qu'il pourra. Comp. Grenoble, 20 nov. 1894, D. 95. 2. 345.

D'autre part, une fois le mariage dissous, la recherche en justice devient possible, et même l'enfant peut alors se servir de lettres écrites pendant le mariage (Douai, 26 févr. 1903, D. 1904. 2. 385, S. 1905. 2. 145).

CHAPITRE V

RECHERCHE EN JUSTICE DE LA FILIATION NATURELLE

1505. Bibliographie. — I.-F. Fournel (bâtonnier du barreau de Paris en 1817, mort en 1820), *Traité de la séduction*, Paris, 1781, in-12. — Paul Baret, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*, Paris, 1873. — Daste, *De la recherche de la paternité hors mariage*, thèse, Toulouse, 1873. — Léon Giraud, *La vérité sur la recherche de la paternité*, *Revue critique*, 1884, t. XIII, p. 590 et 672. — Amiable, *De la preuve de la paternité hors mariage*, étude de législation, 1885. — R. de la Grasserie, *Mémoire sur la recherche de la paternité naturelle*, 1894, in-8. — A. Gigot, *La séduction et la recherche de paternité*, Réforme sociale, 1er février 1902, p. 189. — Abel Pouzol, *La recherche de la paternité*, 1902. — Louis Crémieu, *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*, thèse, Paris, 1907. — Pour l'Allemagne voyez les thèses de MM. Adrien Roux et Gastambide, citées ci-dessous, nos 1635 et 1652.

***1506. Qualifications.** — Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas *avouée* par son père ou par sa mère, la loi lui permet, dans certains cas et sous certaines conditions, de poursuivre devant les tribunaux ceux qu'il prétend avoir pour parents et d'apporter ses preuves. C'est ce qu'on appelle la *recherche de la filiation*. Cette recherche n'est pas toujours permise.

On a pris, sans grande utilité, l'habitude d'appeler ce mode de preuve *reconnaissance forcée*, expression peu heureuse, car celui qui « reconnaît » la filiation est ici le juge, et non

(1) La jurisprudence a subi une évolution inaperçue. Les premiers arrêts décidaient simplement que l'enfant ne pourrait pas se servir de documents écrits ou signés pendant le mariage ni de faits postérieurs au mariage (Cass., 17 févr. 1851, D. 51. 1. 113 ; Metz, 10 août 1864, D. 64. 2. 225, S. 64. 2. 264). La doctrine n'a pas maintenu cette nuance, et l'arrêt de Bordeaux, cité au texte, a donné une solution absolue. Toutefois la Cour de Grenoble semble admettre implicitement que les écrits ou faits antérieurs au mariage pourraient être utilisés par l'enfant (20 nov. 1894, D. 95. 2. 345 ; 26 juin 1895, D. 96. 2. 139).

le père ou la mère, qui, loin de la reconnaître, l'a contestée jusqu'au bout. Néanmoins cet usage est bon à signaler, pour faire comprendre le sens de certains articles qui parlent des enfants « légalement reconnus » (art. 756, 913, etc.). Cette expression englobe à la fois les deux procédés de reconnaissance. Comp. art. 765.

1507. Compétence et procédure. — La loi ne dit rien relativement aux *caractères* de ces actions, à la *procédure*, à la *compétence*. Son silence a fait naître toutes sortes d'erreurs. Il faut décider par analogie que les règles contenues dans les art. 326, 327 et 328 sont applicables aux actions relatives à la filiation naturelle.

§ 1. — *Recherche de la maternité naturelle.*

A. — Modes de preuve.

***1508. Liberté ancienne de l'action et de ses preuves.** — Sous l'ancienne jurisprudence on s'en tenait à la maxime romaine : « Semper certa est [mater], etiam si vulgo conceperit » (PAUL, *Digeste*, liv. II, tit. IV, fr. 5), et l'on pensait, comme le disait encore Tronchet au Conseil d'État (FENET, t. XII, p. 30), que la maternité est naturellement certaine. Dans cette idée, on en permettait la recherche dans tous les cas et sans restriction ; il n'y avait même pas de règles particulières sur les preuves à fournir.

****1509. Système du Code.** — Le Code civil a maintenu le même principe. « La recherche de la maternité est admise », dit l'art. 341. Cependant, avec sa méfiance ordinaire contre la preuve par témoins, le législateur moderne n'a pas autorisé cette recherche sans prendre ses précautions. Les témoins ne peuvent être entendus qu'autant que la réclamation est déjà rendue vraisemblable par un *commencement de preuve par écrit* (même article).

1° Preuve de l'accouchement.

****1510. Preuve par l'acte de naissance.** — En fait, l'acte de naissance des enfants naturels donne presque toujours le nom de la mère ; et la jurisprudence admet que l'*acte de l'état civil fait pleine foi de l'accouchement* (Cass., 23 nov. 1868, D. 69. 1. 26, S. 69. 1. 5 ; Cass., 1er déc. 1869, D. 70. 1. 97, S. 70. 1. 101 ; Cass., 22 oct. 1902, D. 1902. 1. 539).

***1511. Cas où l'acte de naissance fait défaut.** — A défaut d'acte de naissance, l'accouchement se prouvera comme on pourra, *par témoins ou par présomptions*. La loi n'exige pas de commencement de preuve par écrit ; celui dont parle le dernier alinéa de l'art. 341 n'est nécessaire que pour la preuve de l'identité de l'enfant (voyez le numéro suivant).

Du reste, quand il existera un commencement de preuve écrite sur ce point, cela impliquera le fait de l'accouchement, car on ne saurait concevoir que l'identité de l'enfant fût prouvée alors que le fait de l'accouchement serait encore douteux. Par la force des choses, l'écrit dont l'enfant doit être muni rendra donc vraisemblable à la fois l'accouchement de la femme qu'il réclame comme mère et sa propre identité.

2° Preuve de l'identité.

***1512. Nécessité d'un commencement de preuve par écrit.** — C'est seulement pour la preuve de son identité que la loi impose cette

condition à l'enfant naturel. L'art. 341, al. 3, porte : « Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il y aura déjà un commencement de preuve par écrit. » *Cette preuve*, c'est celle du fait dont il est question dans l'alinéa précédent, lequel est ainsi conçu : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'*il est identiquement le même* que l'enfant dont elle est accouchée. » La loi suppose donc que le fait de l'accouchement est certain et se préoccupe seulement de savoir comment sera établie l'identité de l'enfant. En exigeant un écrit, on a voulu éviter qu'un aventurier, après s'être procuré la preuve de la naissance d'un enfant naturel (chose ordinairement facile à l'aide des registres de l'état civil), ne se fasse passer pour cet enfant à l'aide de témoignages achetés.

***1513. Nature du commencement de preuve par écrit.** — Quand il s'agit de l'enfant légitime, l'art. 324 donne une définition particulière du commencement de preuve par écrit ; cette définition n'a pas été reproduite dans l'art. 341 à propos de l'enfant naturel. De là est née la question suivante : En parlant du commencement de preuve par écrit sans le définir, l'art. 341 se réfère-t-il à l'art. 324, ou bien à la définition générale qu'a donnée l'art. 1347, qui représente le droit commun? Il y a entre les deux définitions une différence sensible : en règle générale, l'écrit employé comme commencement de preuve doit émaner de la personne à laquelle on l'oppose ou de ses auteurs ; en matière de filiation légitime, la loi se montre plus large et admet tout écrit émanant d'une personne engagée dans la contestation *ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante.*

La jurisprudence applique aux recherches de filiation naturelle la définition du commencement de preuve par écrit donné par l'art. 324 pour les enfants légitimes ; par suite, elle n'exige pas que cet écrit émane de la mère elle-même (Cass., 30 avril 1859, D. 61. 1. 297, S. 60. 2. 625 ; Cass., 23 nov. 1868, D. 69. 1. 26, S. 69. 1. 5 ; Cass., 22 oct. 1902, D. 1902. 1. 539. — Comp. Cass., 17 juin 1907, D. 1908. 1. 161, P. et S. 1909. 1. 489). La plupart des auteurs lui reprochent d'étendre un texte exceptionnel en dehors de l'hypothèse qu'il prévoit. La loi, disent-ils, a établi une séparation complète entre les moyens de preuve de la maternité légitime et ceux de la maternité naturelle, et elle n'a dérogé au droit commun qu'en faveur de la légitimité. — Cette objection est loin d'être décisive. En écrivant l'art. 341, les auteurs du Code ont dû se reporter à la définition du commencement de preuve par écrit qu'ils venaient de formuler quelques articles plus haut et non pas à la définition générale contenue dans l'art. 1347, qui n'avait pas encore été discuté. On peut donc dire qu'il existe deux définitions du commencement de preuve par écrit, l'une dans l'art. 1347 pour les conventions et obligations ordinaires, l'autre dans l'art. 324 pour les questions de filiation, et que chacun de ces textes sert de règle dans son domaine. En fait, la solution préconisée dans la doctrine aboutirait le plus souvent à mettre l'enfant hors d'état de prouver sa filiation maternelle. En effet, beaucoup d'enfants naturels ont pour mères des filles peu lettrées qui n'écrivent guère ou qui ne savent pas écrire du tout, et quand la mère se trouve dans une condition plus élevée, elle se garde bien ordinairement de fournir contre elle des preuves écrites de sa faute, toutes les fois qu'elle est décidée à ne pas reconnaître son enfant.

1514. Impossibilité d'employer l'acte de naissance comme commencement de preuve. — Dans le projet de l'an VIII, il y avait une disposition ainsi conçue : « Le registre de l'état civil qui constate la naissance d'un enfant né de la mère réclamée... peut servir de commencement de preuve par écrit. » Le ministre de la justice en demanda la suppression en faisant valoir que le premier venu, qui trouverait sur les registres l'inscription de cet enfant, pourrait se faire passer pour lui, à l'aide de quelques témoins subornés (Fenet, t. X, p. 78). Dans le système de la loi, l'acte de naissance, qui fait pleine foi de l'accouchement, ne peut donc même pas servir de commencement de preuve par écrit

pour prouver l'identité de l'enfant, et cela se comprend : l'acte ne prouve pas par lui-même qu'il s'applique à celui qui en est porteur. Le réclamant ne pourra donc en tirer profit que s'il justifie sa prétention par une enquête appuyée d'un commencement de preuve par écrit de son identité (Grenoble, 14 janv. 1889, D. 90. 2. 193 ; Grenoble, 26 juin 1895, D. 96. 1. 139).

***1515. Condition inférieure de l'enfant naturel quant à la preuve.** — On remarque une différence importante entre la filiation légitime et la filiation naturelle, dans les facilités que la loi donne pour autoriser la preuve par témoins. Pour les enfants légitimes, à défaut d'un commencement de preuve par écrit, l'art. 323 permet d'employer la preuve testimoniale quand il existe, en faveur de l'enfant, des *présomptions graves résultant d'indices ou de faits dès lors certains* (ci-dessus, nos 1397 et 1398). Au contraire, l'art. 341 ne parle, à propos de l'enfant naturel, que du commencement de preuve par écrit et passe sous silence les indices ou faits matériels. Par conséquent, l'enfant ne doit pas être admis à produire ses témoins sur de simples présomptions, si graves qu'elles soient, tant qu'il ne s'appuie sur aucun écrit. La différence entre les deux catégories d'enfants a été voulue, car il a été dit à plus d'une reprise, dans les discussions, qu'on ne devait pas laisser la même latitude aux enfants nés hors mariage qu'à ceux qui réclament les droits de la légitimité, et qu'il ne convenait pas d'admettre de leur part toute espèce de preuve. Il n'y a pourtant pas de bonne raison pour justifier cette différence. Que le commencement de preuve par écrit soit un moyen d'empêcher des procès vexatoires, ou un supplément de preuve venant supprimer le doute que pourrait faire naître la vénalité des témoins, ce double rôle pourra être rempli par les indices matériels d'une manière tout aussi efficace pour la filiation naturelle que pour la filiation légitime (Comp. Baret, p. 158). En Italie, cette différence a été supprimée ; les présomptions et indices ont été assimilés au commencement de preuve par écrit pour l'enfant naturel comme pour l'enfant légitime (art. 190 C. civ. ital.).

B. — Exercice de l'action.

***1516. Intransmissibilité de l'action aux successeurs de l'enfant.** — La Cour de cassation décide que l'action en recherche de maternité naturelle est accordée exclusivement à l'enfant et qu'elle ne passe pas par sa mort à ses héritiers. Elle donne comme arguments principaux la rédaction de l'art. 341, qui suppose l'action exercée par l'enfant lui-même, et l'absence de toute disposition analogue aux art. 329 et 330, qui règlent la transmission de l'action des enfants légitimes et qui en limitent les effets. Si le législateur avait voulu que la filiation naturelle pût encore être recherchée après le décès de l'enfant, il n'aurait pas manqué de dire sous quelles conditions l'action passerait à ses héritiers. Cette jurisprudence, qui remonte à 1861 (Cass., 29 juill. 1861, D. 61. 1. 297, S. 61. 1. 700), est aujourd'hui bien établie (Cass., 3 avril 1872, D. 72. 1. 113, S. 72. 1. 126), mais elle est généralement combattue par la doctrine. La rédaction de l'art. 341, qui suppose l'action exercée par l'enfant, peut s'expliquer parce que c'est le cas ordinaire. — Un arrêt a autorisé les héritiers de l'enfant naturel à continuer l'action quand il est mort *pendente lite* (Lyon, 4 janv. 1910, D. 1910. 2. 257).

***1517. Impossibilité pour les tiers d'exercer l'action contre l'enfant.** — D'après la jurisprudence, la recherche de la maternité naturelle n'est admise que *dans l'intérêt de l'enfant*, et l'action n'est ouverte qu'à lui seul (Cass., 23 juill. 1878, D. 79. 1. 15, S. 79. 1. 155 ; Paris, 16 févr. 1889, S. 89. 2. 201 ; Cour sup. du Luxembourg, 13 mai 1892, D. 94. 2. 483, S. 92. 4. 37). Cette jurisprudence s'autorise de l'ensemble des textes, qui mettent toujours l'enfant en scène, et jamais les tiers, et qui emploient comme synonymes les mots *recherche* et *réclamation;* or cette dernière ne peut venir que de l'enfant lui-même. Quant aux tiers, le seul droit que la loi leur accorde, c'est de *contester* la reconnaissance faite par les parents ou la réclamation exercée par l'enfant (art. 339) ; elle ne leur donne pas l'action en recherche.

Il résulte de cette jurisprudence que, lorsque l'enfant n'a pas été reconnu, les autres

membres de la famille, héritiers de son père ou de sa mère, ne peuvent pas faire réduire les libéralités qui lui ont été faites, alors même qu'elles dépasseraient la limite fixée par l'art. 908. En s'abstenant de révéler l'origine de l'enfant, ses père et mère peuvent donc rendre inutile l'incapacité édictée par cet article, puisque les tiers n'auront aucun moyen de prouver que le donataire est l'enfant naturel du donateur ; quand ses parents sont disposés à lui faire des libéralités, l'enfant naturel a ainsi intérêt à ne pas être reconnu, ce qui est bizarre. Depuis la loi du 25 mars 1896, qui a considérablement augmenté leurs droits successoraux, l'utilité qu'il y avait jadis à ne pas reconnaître son enfant naturel afin de pouvoir lui faire des donations ou des legs en toute liberté a beaucoup diminué ; néanmoins, elle subsiste encore.

1518. Exception concernant le ministère public. — Un arrêt a permis au ministère public de demander à établir (sauf à se conformer aux règles du droit commun sur les preuves) une filiation naturelle non avouée par les parties, afin de faire opposition à un mariage incestueux en se fondant sur l'art. 161 (Grenoble, 14 janv. 1889, D. 90. 2. 193 et la note). Cet arrêt est en contradiction avec la jurisprudence antérieure.

§ 2. — *Recherche de la paternité naturelle.*

****1519. Le texte actuel.** — L'art. 340 qui prohibait d'une façon à peu près absolue la recherche de la paternité naturelle, a été modifié par une loi du 16 novembre 1912, qui autorise cette recherche dans cinq nouveaux cas (1), tout en maintenant implicitement la prohibition en principe.

A. — Le principe de la prohibition.

1520. L'ancien droit. — Jusqu'à la Révolution, la recherche de la paternité est restée libre ; mais elle n'avait pas le même objet que de nos jours, car les bâtards n'avaient aucun droit de succession (Loysel, n° 63). Le seul but était d'obtenir des aliments ; néanmoins les actions en recherche de paternité étaient fréquentes. Les procès de ce genre étaient devenus, s'il faut en croire Bigot du Préameneu (*Exposé des motifs*, dans Fenet, t. X, p. 154), le « fléau de la société ». Tronchet raconte que les filles qui voulaient donner un père à leur enfant poursuivaient le plus riche de ceux qui les avaient fréquentées (*Ibid.*, p. 71).

Lorsqu'une fille se déclarait enceinte et indiquait un homme comme étant l'auteur de sa grossesse, cet homme était condamné, sur la simple affirmation de cette fille, à pourvoir provisoirement aux « frais de gésine » de la mère et à l'entretien de l'enfant. De là l'adage : « Virgini prægnanti creditur (2). » Mais cette règle ne tranchait pas la question de filiation, et la fille qui voulait triompher définitivement devait apporter des preuves sérieuses de la paternité de l'homme qu'elle poursuivait. Théoriquement tout au moins, la maxime « virgini creditur » ne préjugeait pas le fond (3).

(1) Cette loi s'applique même aux enfants nés antérieurement (Trib. de Meaux, 28 déc. 1912, P. et S. 1913. 2. 65, et la note de M. Naquet ; Trib. de Saint-Lô, 10 juill. 1913, P. et S. 1913. 2. 259). Voyez onze décisions en sens divers et la note de M. Gastambide, D. 1913. 2. 329.

(2) La formule complète était celle-ci : « Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantem esse » (Ant. Favre, *Codex definitionum*, liv. IV, tit. XVI, déf. 18). L'emploi du mot « virgo » prouve que la règle avait été admise uniquement pour les filles-mères qui en étaient à leur première grossesse.

(3) Les auteurs modernes se sont mépris sur le sens de la maxime « Creditur virgini ». Le véritable sens de la maxime a été rétabli par M. Baret (p. 10-39). L'opinion fausse, qui a été longtemps courante, se trouve exposée dans l'ouvrage de M. Demolombe (t. V, n° 376), et la responsabilité première de la méprise semble remonter à Denizart (*Questions nouvelles*, v° Grossesse).

1521. Établissement de la prohibition. — Ce n'est pas, comme on le croit généralement, le Code qui a interdit pour la première fois la recherche de la paternité, c'est la Convention. Cette assemblée, très favorable aux enfants naturels, puisqu'elle leur avait accordé des droits égaux à ceux des enfants légitimes, supprima les recherches de paternité et n'admit plus comme preuve que la reconnaissance volontaire du père (L. 12 brumaire, an II).

1522. Critique de la loi. — L'art. 340 a fait beaucoup discuter pendant tout le cours du XIXe siècle (indications bibliographiques dans VIOLLET, *Précis*, 2e édition, p. 478). C'était une des plus mauvaises dispositions du Code civil. L'irresponsabilité absolue du père naturel était une prime à la débauche et au libertinage, et la cause principale de l'augmentation croissante du nombre des enfants naturels. Il n'est que juste d'obliger le père naturel aux lourds sacrifices que s'imposent les parents légitimes pour l'éducation de leurs enfants. Hommes de lettres, philosophes, économistes, appartenant aux opinions les plus opposées, ont tour à tour pris la défense des enfants naturels non reconnus par leur père. Toute cette agitation a fini par entraîner l'opinion, et on a peine à comprendre la longue résistance que le Sénat a opposée aux propositions de réforme qui lui étaient soumises.

1523. Législations étrangères. — Les seuls pays d'Europe qui prohibent la recherche de la paternité sont : l'Italie, la Hollande, la Serbie, la Roumanie.

En Angleterre, on a suivi longtemps une règle analogue à notre ancienne jurisprudence. Une loi est intervenue en 1835 pour mettre un terme aux spéculations éhontées des filles-mères, en rendant plus difficile la preuve de la paternité.

En Suisse, d'après le nouveau Code civil (1er janvier 1912), la recherche en justice est permise, mais n'aboutit pas toujours à une déclaration de paternité (art. 307 à 323).

En Espagne (art. 135), la recherche de la paternité est admise ; mais, sauf en cas de viol, elle doit toujours s'appuyer sur un aveu exprès ou tacite du prétendu père (comp. act. 130 C. civ. portugais).

Le *Code civil allemand* admet la recherche de la paternité, et établit même, sous certaines réserves, une présomption de paternité contre celui qui a cohabité avec la mère pendant la période comprenant le jour de la conception (art. 1717).

En Belgique, une loi du 6 avril 1908, autorise la recherche de la paternité 1° s'il y a possession d'état ; 2° s'il y a eu enlèvement, séquestration ou viol.

***1524. Correctif admis par la jurisprudence.** — Les tribunaux trouvèrent en cette matière le moyen de tempérer l'application rigoureuse de l'art. 340 par sa combinaison avec d'autres principes. Ils y arrivèrent par un double moyen et leurs décisions n'ont pas perdu actuellement toute utilité, malgré la loi nouvelle (voyez ci-dessous, n° 1536) (1).

A. — RÉPARATION DU PRÉJUDICE CAUSÉ PAR LA SÉDUCTION. — Les arrêts autorisaient la femme devenue mère à réclamer à son séducteur une indemnité fondée sur le principe de l'art. 1382 (*dommage causé à autrui par un fait illicite*). Cela a été jugé pour la première fois à Caen en 1862 (D. 62. 2. 129 ; comp. Cass., 26 juill. 1864, D. 64. 1. 347, S. 62. 1. 33), et le principe a reçu depuis de nombreuses applications (Nîmes, 18 mars 1901, S. 1902, 2. 208 ; Grenoble, 24 mars 1908, D. 1910. 2. 134 ; Cass., 17 juill. 1911, D. 1915. 1. 52, P. et S. 1911. 1. 440). Il n'y avait rien là de contraire à la prohibition édictée par l'art. 340, parce que l'on ne recherchait pas quel était le père de l'enfant, mais bien uniquement si les relations illicites établies entre deux personnes ont causé un préjudice à la femme. Cependant il régnait une grande incertitude *sur la nature du fait dommageable*, qui est la source de l'action. Certains arrêts motivent la créance d'indemnité par l'ensemble des « inconvénients » qui résultent de la séduction, y compris les grossesses et la charge des enfants (Dijon, 27 mai 1892, D. 93. 2. 183, S. 92. 2. 197 ; Rouen, 6 mai 1905, D. 1908. 2.

(1) Elles recevraient encore leur application dans les cas où la loi de 1912 ne permet pas de rechercher la paternité. Il faut dire plus encore : la mère séduite a le droit d'exercer, *en son propre nom*, une action en indemnité contre son séducteur ; cette action est distincte de celle qui appartient à l'enfant, et la création d'un droit propre à l'enfant n'a pu avoir pour conséquence de faire disparaître celui de la mère.

246, S. 1906, 2. 263 ; Cass., 17 juill. 1911, précité). D'autres estiment au contraire que l'action de la mère, fondée sur l'art. 1382, ne peut avoir pour base que le préjudice causé à la fille séduite par le fait même de la séduction, indépendamment de ses conséquences, parce qu'on ne pourrait tenir compte des charges résultant de la maternité sans en rechercher l'auteur, c'est-à-dire sans violer l'art. 340 (Paris, 14 févr. 1890, D. 91. 2. 309 ; Paris, 16 mars 1892, D. 93. 2. 541, S. 94. 2. 30). En tout système, ces indemnités peuvent être accordées sous forme de *pension*.

B. — Engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant. — La jurisprudence accorda rarement une indemnité en se fondant uniquement sur l'art. 1382. Presque toujours, la mère était armée d'un écrit sous seing privé (souvent sous la forme d'une lettre) dans lequel le père de l'enfant lui promettait de pourvoir à ses besoins. Depuis 1862, la jurisprudence a toujours validé l'écrit contenant un engagement de ce genre, non pas *comme donation*, puisqu'il n'était pas fait dans la forme notariée comme l'exige l'art. 931, ni comme *reconnaissance d'enfant naturel*, puisqu'il n'avait été reçu par aucun officier public dans les formes légales, mais comme contenant l'*engagement de réparer le préjudice causé par le délit civil de séduction*. Le système de la jurisprudence sur l'application de l'art. 1382 n'est, de la sorte, qu'un moyen de préparer et de justifier cette solution.

B. — Exception admise en 1804.

****1525. Cas d'enlèvement.** — Par dérogation au principe, la recherche de la paternité est permise au cas d'*enlèvement*, lorsque l'époque de la conception coïncide avec celle du rapt (art. 340). Cette exception, longtemps unique, a si peu d'applications pratiques qu'on ne cite que trois arrêts qui y soient relatifs.

On s'est posé à son sujet deux questions :

1° On se demande d'abord si l'enlèvement suppose la *violence*, ou si la recherche de paternité doit encore être permise au cas où la femme enlevée a *volontairement* suivi son séducteur? L'art. 340 ne distingue pas. Les auteurs de la loi se sont attachés, non pas à l'adhésion plus ou moins libre que la femme a pu donner à son enlèvement, mais au régime auquel elle s'est ensuite trouvée soumise par son ravisseur. Ils ont pensé au cas où l'enlèvement était suivi d'une *séquestration* plus ou moins déguisée, qui rend la paternité certaine (Paris, 29 mars 1821, Dalloz, *Répert.*, v° Paternité, n° 603 ; Bordeaux, 30 juin 1885, D. 86. 2. 151, D. 87. 2. 57).

2° On se demande ensuite s'il faut *distinguer entre les femmes majeures et les filles mineures*. La réponse la plus sûre est la *négative*, car la loi n'a pas distingué. En parlant d'« enlèvement », les rédacteurs du Code civil ne se sont pas référés au « *rapt* » tel qu'il était alors défini par la loi pénale. Ce n'est pas le caractère délictueux du fait qui justifie la recherche de la paternité. Cette recherche n'est pas la *peine d'un crime;* elle n'a d'autre raison d'être que la certitude acquise, grâce aux circonstances, sur la filiation de l'enfant. — Il n'est pas nécessaire que le crime, en cas d'enlèvement de mineure, soit préalablement constaté par une juridiction répressive.

C. — Cas ajoutés en 1912 (1).

1526. Énumération. — 1° Viol. Avant 1912, quelques auteurs avaient déjà cherché à assimiler le viol à l'enlèvement en disant que le viol est un « enlèvement momentané » (Demolombe, t. V, n° 491). Leur opinion

(1) Le texte actuel ne prononce plus expressément l'interdiction des recherches de paternité ; mais il suppose ce principe maintenu et se borne à énumérer limitativement les exceptions qu'il y apporte.

n'avait pas prévalu, parce que le viol avait été primitivement prévu dans le projet du Code et que ce mot y avait été supprimé pour réduire l'exception permise au seul cas d'enlèvement. Le texte nouveau leur donne raison, en mentionnant formellement le viol à côté de l'enlèvement. Les tribunaux n'avaient jamais eu à statuer sur la difficulté. — Il n'est pas nécessaire que le viol ait été préalablement l'objet d'une condamnation pénale (*Dalloz*, 1912, 4e partie, p. 118, note 7).

Ce cas sera rare ; les quatre cas suivants, d'une application beaucoup plus pratique, représentent le but et l'utilité réelle de la loi.

2° Séduction dolosive. L'action est également accordée lorsque la mère aura été victime d'une séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, et principalement à l'aide de fiançailles ou d'une promesse de mariage, ou par abus d'autorité. Toutefois la demande n'est alors recevable que s'il existe un *commencement de preuve par écrit*, dans les termes de l'art. 1347, c'est-à-dire émané du père lui-même. On ne pourrait donc pas se contenter d'un écrit provenant d'une personne quelconque engagée dans la contestation. — Ce commencement de preuve par écrit est exigé sans distinguer s'il y a eu promesse de mariage ou abus d'autorité (1). Le complément de preuve résultera de témoignages ou de présomptions (2).

Il n'est pas nécessaire que la séduction coïncide avec l'époque de la conception ; la grossesse peut être bien postérieure (explication de M. Guillier à la séance du 28 juin 1910).

3° Aveu écrit de paternité. Cet aveu doit être contenu dans des lettres ou dans quelque autre écrit privé émanant du père. Cet aveu n'est pas une reconnaissance efficace par elle-même ; il sert seulement de base à la déclaration judiciaire de paternité, qui sera faite par le tribunal. Il importe peu que l'écrit ait été adressé à la mère elle-même ou à toute autre personne, mais il faut un *écrit* (Trib. de la Seine, 24 oct. 1913, D. 1914. 2. 98).

4° Concubinage notoire. Lorsque deux personnes ont vécu maritalement durant toute la période légale pendant laquelle la conception a été possible, la paternité peut être déclarée par le juge. Le texte vise le concubinage, et non le simple fait de la cohabitation, comme entre un maître et sa domestique.

(1) Un commencement de preuve par écrit existera souvent en cas de promesse de mariage, dans des lettres, par exemple ; mais il manquera presque toujours en cas de manœuvres dolosives ou d'abus d'autorité. Ainsi la loi laisse la mère et son enfant sans protection dans le cas où ils en ont le plus besoin. On s'en est bien rendu compte, mais on a eu peur des chantages. Voyez les observations échangées sur ce point lors de la discussion de la loi, dans *Dalloz*, 1912, 4e partie, p. 119, col. 2 et 3.

(2) Je ne crois pas qu'on puisse dispenser le demandeur de fournir ce commencement de preuve par écrit en lui appliquant l'art. 1348 qui dispense, dans certains cas, le créancier de se procurer une preuve littérale. Le système de preuves établi pour les questions d'état se suffit à lui-même. Le contraire a cependant été dit par M. Guillier, rapporteur du Sénat (Séance du 11 nov. 1910).

Étant donnée la fréquence des unions libres, ce cas sera probablement d'une grande application, à moins qu'on ne trouve plus commode d'employer une des preuves plus précises, prévues aux nos 3 et 5, dont on sera généralement pourvu. (Voyez trib. de la Seine, 24 oct. 1913, D. 1914. 2. 98).

On a entendu viser même le cas où la maîtresse n'habite pas le domicile particulier de son amant ; on a rejeté un amendement qui exigeait que le concubinage ait eu lieu « dans l'habitation du père prétendu ».

5° Entretien ou éducation de l'enfant. Lorsqu'une personne pourvoit, en totalité ou en partie, aux frais d'entretien ou d'éducation de l'enfant, et qu'elle le fait *en qualité de père*, sa conduite est considérée comme un aveu tacite de paternité. Il n'est pas nécessaire que le prétendu père ait fait *porter son nom* par l'enfant, ce qui n'a pas toujours lieu, mais il faut qu'il ait agi *en qualité de père*, ce qui exclut le cas du bienfaiteur bénévole qui agirait par affection pour la mère, quoique l'enfant ne fût pas de lui.

Dans les discussions de la loi, on a confondu, à tort, ce fait avec la véritable possession d'état (*Dalloz*, 1912, 4e partie, p. 121, col. 3).

Caractère limitatif de la loi. — Cette énumération est limitative, et les tribunaux ne pourraient pas reconnaître une filiation arbitrairement, en dehors des cas qui y sont prévus.

D. — Exercice de l'action.

1527. Pouvoir d'appréciation des tribunaux. — Les juges ne sont jamais obligés de prononcer la reconnaissance de la paternité ; il apprécient souverainement les faits. La paternité *peut* être déclarée..., dit le texte nouveau et ils ne doivent admettre la paternité du défendeur que si l'ensemble des faits la démontrent avec certitude. Il en était déjà de même, avant 1912, pour le cas d'enlèvement.

L'action en recherche de la paternité n'est ouverte qu'autant qu'il y a coïncidence entre l'époque de la conception et celle du viol, de l'enlèvement, ou des relations plus durables qui ont existé entre la mère et le prétendu père. Pour déterminer cette coïncidence, les juges doivent appliquer la présomption légale sur la durée des grossesses établies pour les naissances légitimes. La question, qui était douteuse avant 1912, ne l'est plus : cela a été entendu formellement (déclaration de M. Martin à la séance du Sénat du 10 novembre 1910) et le texte actuel s'y réfère formellement à trois endroits. Comp. Dalloz, 1912, 4e partie, p. 118, col. 3.

1528. Fins de non-recevoir. — La loi a établi diverses fins de non-recevoir, en présence desquelles la demande devra être rejetée sans examen (1).

1° Inconduite notoire de la mère. — Il s'agit du cas où la mère s'est livrée à l'inconduite pendant la période légale de la conception (quatre

(1) Ces fins de non-recevoir ne sont pas les seules. D'autres peuvent être tirées du droit commun, comme l'expiration des délais, le caractère incestueux ou adultérin de la filiation, etc.

mois). Il n'est pas nécessaire de prouver l'identité des amants qu'elle a pu avoir dans cet intervalle. C'est une des dispositions de la loi qui soulèveront le plus de questions délicates. Voyez *Dalloz*, 1912, 4e partie, p. 133, col. 1 et 2.

2° Commerce avec un autre individu. — Ce cas ne se confond pas avec la prostitution ou la débauche habituelles. Il faudra prouver d'une façon spéciale le fait d'une infidélité, fût-elle unique, commise pendant la période légale de la conception. L'action est alors rejetée parce qu'il ne doit pas y avoir d'incertitude sur la paternité du prétendu père.

3° Impossibilité physique de cohabitation. — Cette situation peut tenir à plusieurs causes, l'*éloignement* du prétendu père, ou un *accident*, mais elle doit s'être prolongée pendant toute la durée légale de la période où la conception a été possible.

Ces dispositions sont limitatives ; la loi n'admet donc comme fin de non-recevoir ni l'impuissance naturelle, ni l'impossibilité morale de cohabitation prévue pour le désaveu par l'art. 313 (n° 1437).

Les diverses fins de non-recevoir seront généralement opposées à la demande dès le début : mais elles sont recevables à tout moment. Elles sont d'ordre public et peuvent être suppléées d'office par le juge.

1529. Personnes munies de l'action. — « L'action n'appartient qu'à l'enfant », dit la loi. Elle n'est donc pas transmise à ses héritiers ou autres successeurs. Si la mère l'exerce pendant la minorité de l'enfant, elle agit alors au nom de celui-ci. La crainte des chantages justifie l'exclusion absolue des héritiers.

Minorité de l'enfant. — Pendant la minorité de l'enfant, l'action peut être exercée 1° *par la mère*, qui a seule, en principe, qualité pour agir, même quand elle est encore mineure ; 2° *par le tuteur de l'enfant*, lorsque la mère sera décédée, interdite ou absente, ou lorsqu'elle n'aura pas reconnu son enfant (1). La loi renvoie aussi aux dispositions spéciales ajoutées à l'art. 389 par la loi du 2 juillet 1907, qui a organisé la tutelle des enfants naturels.

Majorité de l'enfant. — La loi a prévu le cas où la mère n'aurait pas exercé l'action au nom de l'enfant dans le délai qui lui est donné : l'enfant, devenu majeur, pourra lui-même agir après sa majorité. Il serait injuste que l'enfant fût privé du droit de rechercher son père naturel par l'abstention de sa mère, qui peut être obtenue à prix d'argent par le père.

1530. Prescription. — Par dérogation au principe établi par l'art. 328, qui déclare l'action en réclamation d'état imprescriptible à l'égard de l'enfant, la loi du 16 novembre 1912 a établi pour la recherche de paternité naturelle une prescription assez rapide, dont la durée et le point de départ varient selon les cas.

Délai donné a la mère. — Quand l'enfant est mineur, la loi donne à sa mère, qui doit agir en son nom un délai de *deux années*. Ce délai court, en principe, du jour de la naissance de l'enfant. Toutefois le point de départ de la prescription est retardé lorsqu'il y a eu concubinage notoire, ou lorsque le père prenait part aux frais d'entretien ou d'éducation de l'enfant ; dans ces deux cas, l'abstention de la mère s'explique par la conduite même du père qui reconnaissait ses devoirs, et c'est seulement à compter du jour de la rupture entre les concubins ou du jour où le père a cessé de contribuer aux frais que le délai de deux ans

(1) Quand la mère n'a pas reconnu son enfant, il sera généralement nécessaire que l'enfant commence par établir sa filiation maternelle. Toutefois cette recherche préalable ne sera pas nécessaire, si la demande de l'enfant se fonde sur un aveu personnel du père (nos 3 et 5 de l'énumération contenue dans le n° 1526).

commence à courir contre la mère. Jusque-là l'enfant bénéficiait d'une situation de fait qui rendait une action inutile.

Délai donné a l'enfant. — Lorsque l'action n'a pas été exercée par la mère pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore agir, une fois majeur, mais on ne lui accorde alors qu'*une seule année*, à compter de sa majorité.

1531. Modes de preuve. — Sauf l'exigence particulière d'un commencement de preuve par écrit, au cas de séduction, la loi n'a établi aucune règle exceptionnelle. La preuve par témoins ou par indices, les simples présomptions, pourront donc être utilisées.

Sur le commencement de preuve par écrit, voyez ci-dessus, nº 1526-3º.

1532. Interdiction de reproduire les débats. — L'art. 2 de la loi du 16 novembre 1912 a ajouté un alinéa à l'art. 39, § 1er, de la loi du 29 juillet 1881, sur la presse, pour interdire aux journaux de reproduire les débats des procès en recherche de paternité naturelle.

1533. Sanctions pénales. — Un des obstacles que rencontraient les propositions de réforme, en faveur de la recherche de la paternité naturelle, était la crainte des scandales et des chantages. Pour les empêcher dans la mesure du possible, la loi du 16 novembre 1912, art. 3, rend applicables aux demandeurs convaincus de mauvaise foi les peines édictées par le § 2 de l'art. 400 C. pénal (prison de un à cinq ans, amende de 50 à 3 000 francs) et permet, en outre, de prononcer une interdiction de séjour dans un rayon déterminé pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Pour plus de célérité, ces peines sont prononcées par le tribunal civil, ce qui est une dérogation remarquable aux principes de notre organisation judiciaire (1).

Une condamnation pécuniaire à des dommages-intérêts aurait été insuffisante pour arrêter des procès sans cause sérieuse, et elle serait le plus souvent restée lettre morte, grâce à l'insolvabilité des demandeurs.

Il y a lieu à appel dans les délais fixés par le Code de procédure civile.

1534. Décès du père naturel. — On doit se demander si l'action en recherche de paternité peut encore être exercée, quand le prétendu père naturel est déjà décédé avant l'expiration des délais de la prescription. Il semble, malgré le silence de la loi, que rien ne s'oppose à ce que l'enfant puisse agir contre les héritiers de son père décédé.

1535. Absence de dispositions transitoires. — Il est à remarquer qu'on n'a pas accordé de délai particulier aux enfants naturels qui avaient accompli leur vingt-deuxième année avant la promulgation de la loi. Ceux-ci se sont trouvés forclos, sans négligence de leur part, et ceux qui se trouvaient à ce moment tout près d'avoir vingt-deux ans accomplis n'ont eu qu'un délai insuffisant. Il y a là une lacune regrettable ; on s'en est aperçu, mais on n'a pas voulu la combler, afin de ne pas retarder l'application d'une loi qui avait déjà mis tant d'années à voir venir le jour du vote définitif (2).

1536. Combinaison avec la jurisprudence ancienne. — On a vu que la jurisprudence accordait volontiers une indemnité à la mère naturelle, en se fondant sur l'art. 1382 (voir nº 1524). Elle suppléait ainsi de son mieux à l'absence d'une véritable action en recherche de paternité. Dans la plupart des cas, cette condamnation, fondée sur le droit commun, deviendra inutile, puisque la recherche de la paternité est possible ; mais elle pourra encore intervenir dans certaines hypothèses. D'abord, elle aura toujours son utilité pour les cas où la loi nouvelle n'ouvre pas d'action ; elle pourra en combler les lacunes. Ensuite, il est possible que la mère ait réellement éprouvé un préjudice personnel, distinct de l'intérêt de l'enfant. Cette action, propre à la mère, étant fondée sur l'art. 1382, n'est pas soumise aux diverses restrictions établies par la loi du 16 novembre 1912.

1537. Bibliographie. — Henri Lavollée. *Code manuel de la recherche de la paternité*, Paris, 1912.

(1) Sur les craintes que cette dérogation au droit commun a fait naître, voyez la discussion sur un amendement de M. Milliard, qui donnait compétence aux tribunaux correctionnels (*Dalloz*, 1912, 4e partie, p. 127, col. 2).

(2) La question de savoir si la loi du 16 novembre 1912 s'applique aux enfants naturels

§ 3. — *Filiation adultérine ou incestueuse.*

****1538. Prohibition de la recherche en justice.** — Quand la filiation est entachée d'adultère ou d'inceste, la loi n'en permet pas la recherche en justice (art. 342). Cette prohibition est *absolue* ; elle concerne aussi bien la *maternité* que la *paternité*. Par conséquent, la demande de l'enfant doit être rejetée dès qu'il est reconnu que la filiation qu'il réclame serait adultérine ou incestueuse si elle était prouvée.

***1539. Motif de la prohibition.** — L'art. 342 complète l'art. 335 ; la *recherche en justice* n'est pas plus permise que la *reconnaissance volontaire*. La loi ne veut pas admettre la constatation régulière d'une filiation dont l'origine est criminelle. Elle veut jeter un voile sur ces faits et éviter des scandales. Le projet de l'an VIII ne prononçait pas cette prohibition ; ce sont les tribunaux qui la demandèrent (1).

***1540. Critique.** — La nécessité de la double prohibition des art. 335 et 342 est loin d'être démontrée. La loi, qui se montre ici si puritaine et si craintive des scandales, ne l'est pas toujours autant : elle autorise en mainte occasion la preuve de l'adultère et de l'inceste, pour le divorce et la séparation de corps, pour le désaveu, pour la nullité du mariage. On ne peut nier que les père et mère ont des devoirs envers leurs enfants, quels qu'ils soient ; et, comme le dit Laurent, il n'y a pas de plus grand scandale que de dénier l'action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale ; le respect du droit est le plus grand des intérêts (*Avant-Projet*, art. 331 à 338). En Roumanie, la recherche de la maternité est permise, même de la part d'un enfant adultérin ou incestueux (C. civ. roumain, art. 308).

***1541. Cas de filiation adultérine ou incestueuse légalement certaine.** — Le Code semble avoir fait une *œuvre contradictoire* : d'une part, il accorde aux enfants adultérins ou incestueux un droit particulier, la *créance d'aliments* (art. 762) ; d'autre part, il interdit l'emploi de tout mode de preuve pour constater la filiation. Il en résulte que l'enfant tient de la loi un droit qu'il n'est jamais à même de faire valoir. Cependant, il y a des cas dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse se trouve légalement établie, et où, par suite, les art. 762 à 764 pourront recevoir quelques rares applications. Ces cas sont les suivants :

1° *Un mari désavoue l'enfant de sa femme.* Sauf le cas où la conception est antérieure au mariage, l'enfant est adultérin, car il est né d'une femme mariée et d'un autre que son mari.

2° *Un enfant qui se prétend enfant légitime, réussit à prouver par témoins sa filiation maternelle.* Mais le mari de sa mère réussit de son côté à prouver, conformément à l'art. 325, *qu'il n'est pas le père de l'enfant.* Cet enfant est encore pour sa mère un bâtard adultérin.

3° Par suite d'une *erreur de fait ou de droit*, un *jugement* a admis la preuve d'une paternité ou d'une maternité qui se trouve être incestueuse ou adultérine. Si ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé, il est acquis pour toutes les parties en cause que l'enfant est incestueux ou adultérin (Cass., 3 août 1908, D. 1909. 1. 48).

4° *Un mariage est annulé* pour cause de bigamie ou d'inceste, et les époux étant, on le suppose, tous deux de mauvaise foi, leur union ne peut valoir à titre de mariage putatif ni conférer à leurs enfants le bénéfice de la légitimité. Les enfants qui en sont issus sont donc adultérins ou incestueux. Malgré l'annulation du mariage, la présomption de paternité subsiste ; elle ne repose pas sur l'existence abstraite du lien juridique qu'on appelle mariage, mais bien sur un ensemble de faits qui rendent vraisemblables la fidélité de la

nés avant sa promulgation a été discutée, mais résolue affirmativement (Cass., 20 févr. et 24 juill. 1917, D. 1917. 1. 81).

(1) Les Tribunaux actuels n'ont plus la même répugnance. Ils admettent la preuve d'une naissance adultérine, non pas comme recherche de filiation, mais comme cause de divorce (Cass., 31 janv. 1911, P. et S. 1911, 1. 464).

femme et la paternité du mari : la cohabitation obligée des époux, le droit qu'avait le mari de forcer sa femme à le suivre et à demeurer avec lui, le droit de la faire condamner pour adultère. Or avant l'annulation du mariage le pseudo-mari jouissait en fait de tous ces droits. — Le Code civil italien (art. 193-2°) admet que la paternité et la maternité naturelles résultent d'un mariage déclaré nul.

CHAPITRE VII

ROLE DE LA POSSESSION D'ÉTAT EN MATIÈRE DE FILIATION NATURELLE

***1542. Jurisprudence antérieure à 1835.** — Quel parti l'enfant naturel peut-il tirer de sa possession d'état pour prouver sa filiation? La loi est muette. Primitivement, la jurisprudence résolvait la question par une distinction : la filiation naturelle était complètement établie à *l'égard de la mère*, par la possession d'état, mais cette possession restait *sans effet à l'égard du père*, par suite du principe qui défendait la recherche de la paternité. D'après cette jurisprudence, le mode de reconnaissance prescrit par l'art. 334 ne concerne que le père (Bastia, 17 déc. 1834, S. 35. 2. 525). Les arrêts antérieurs sont indiqués dans Demolombe (t. V, n° 479).

1543. Système de M. Demolombe. — On en était là lorsqu'en 1835 M. Demolombe entreprit de démontrer que la possession d'état suffit pour établir la filiation naturelle, non seulement à l'égard de la mère, mais même à l'égard du père (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 427). Sa doctrine, toute téméraire qu'elle était, recueillit un certain nombre d'adhésions, entre autres celle de M. Valette (Sur Proudhon, t. II, p. 150 ; *Cours*, t. V, n° 480). Son argumentation peut se résumer ainsi : la possession d'état est la meilleure de toutes les preuves, ou plutôt il n'y a rien à prouver ; celui qui *possède* son état n'a pas à le *rechercher*. L'action en recherche ne se conçoit qu'à défaut de possession ; quand il y a possession, il n'y a pas besoin de preuves, puisque la paternité est connue. La possession d'état est le plus sûr de tous les titres, car la reconnaissance, qui est l'ouvrage d'un moment, peut être arrachée par surprise ou par obsession, tandis que la possession d'état suppose un aveu répété, une reconnaissance de tous les jours qui offre toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité.

1544. Réfutation. — La solution proposée par M. Demolombe n'a pas triomphé. L'objection décisive, c'est que la possession d'état n'a pas été admise par les auteurs du Code comme preuve de la filiation naturelle. A l'époque où le Code a été rédigé, la possession d'état avait déjà perdu toute sa valeur pour les enfants naturels. On vivait sous l'empire de la loi de brumaire an II, qui ne permettait ce genre de preuve qu'aux enfants dont les père et mère étaient déjà décédés lors de sa promulgation : pour tous les autres, elle exigeait un acte authentique. Si les rédacteurs du Code avaient voulu revenir à la règle ancienne, ils s'en seraient certainement expliqués. Loin de là : Bigot du Préameneu, dans l'*Exposé des Motifs*, dit en propres termes que l'aveu du père suppose nécessairement la rédaction d'un acte authentique (Fenet, t. X, p. 155).

***1545-1546. Jurisprudence.** — La discussion soulevée par M. Demolombe a eu un résultat pratique contraire à celui qu'il se proposait : elle a mis fin à la jurisprudence qui admettait la possession d'état comme probante à l'égard de la mère. Dès que la question a été élucidée, cette opinion intermédiaire n'a pu se maintenir : si on ne voulait pas admettre les faits de possession comme preuve de la paternité elle-même, il fallait les rejeter tout à fait. C'est ce qu'a fait la jurisprudence. A partir de 1835, on ne trouve plus qu'un petit nombre d'arrêts qui aient suivi la décision primitive, et la jurisprudence s'est de plus en plus affermie dans l'opinion que la possession d'état doit être tout à fait écartée, qu'il

s'agisse de prouver la maternité ou la paternité (1). Les arrêts sont cités dans Demolombe (t. V, nº 478. — *Adde* : Paris, 2 août 1876, S. 79. 2. 250 ; Toulouse, 2 févr. 1884, D. 85. 2. 227, S. 85. 2. 56 ; Paris, 11 juin 1891, D. 92. 2. 533).

L'échec des partisans de la possession d'état s'est trouvé un peu atténué par une autre décision de la jurisprudence. Il s'agit de l'effet attribué à l'indication du nom de la mère dans la reconnaissance faite par le père : cette indication suffit comme constatation de la filiation maternelle dès qu'elle est complétée par l'*aveu* de la mère (nº 1477). Or cet aveu peut être *tacite* et résulter simplement de la façon dont la mère a traité l'enfant, c'est-à-dire de la possession d'état en tant qu'elle est l'œuvre de la mère (2). Il n'y a pas là de contradiction parce que la possession d'état est ici considérée, non en elle-même, mais comme simple élément de fait concourant à former un aveu de maternité (Jurispr. belge : Cass., 6 juill. 1889, D. 89. 2. 236 ; Liége, 7 janv. 1893, D. 94. 2. 493. Jurispr. française : Nîmes, 15 févr. 1887, S. 87. 2. 172). Donc, quand il y aura eu reconnaissance par le père avec indication de la mère, la possession d'état complétera cette indication et suffira à prouver la filiation maternelle.

***1547-1548. Effet de la loi du 16 novembre 1912.** — L'opinion de M. Demolombe, qui représentait une solution désirable, aurait eu besoin d'être sanctionnée par une réforme législative. En *Espagne*, l'enfant naturel est tenu pour reconnu, aussi bien à l'égard du père qu'à l'égard de la mère, lorsqu'il a la possession d'état (art. 135 et 136 C. civ. esp.). En France, la loi du 16 novembre 1912, sur la recherche de la paternité, n'a pas admis la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle. Mais, dans une certaine mesure, elle est encore plus favorable à l'enfant, car elle voit un aveu implicite de paternité dans le fait du père qui pourvoit à l'entretien de l'enfant, même sans lui faire porter son nom ; ce fait, qui serait insuffisant pour constituer une possession d'état véritable, suffit pour obtenir la reconnaissance judiciaire de la paternité (ci-dessus, nº 1526-5º). Ce n'est pas la même chose d'admettre la possession d'état comme preuve normale, remplaçant le titre régulier de l'enfant, ou de découvrir, dans la conduite du père, un fait précis valant reconnaissance implicite et pouvant motiver une reconnaissance judiciaire de sa paternité.

(1) Le changement paraît s'être produit en 1851. Voyez, comme admettant la possession d'état, Cass., 10 févr. 1847, D. 47. 1. 49, S. 47. 1. 81, et comme la rejetant, Cass., 17 févr. 1851, D. 51. 1. 113, S. 51. 1. 161.

(2) Les décisions de la jurisprudence sur les preuves de la maternité naturelle, quand il n'existe pas un acte spécial de reconnaissance en la forme authentique, peuvent se ramener à trois propositions principales :

1º En principe, la *reconnaissance* est nécessaire et elle se fait en la forme authentique ; il n'y peut être suppléé par une possession d'état (Décision de 1851 ; ci-dessus, nº 1545 en note), même conforme aux indications de l'acte de naissance (Décision de 1872 ; ci-dessus, nº 1467) ;

2º Quand le père a *reconnu* l'enfant en indiquant la mère, cette indication peut être confirmée par un simple *aveu* de la mère, exempt de toute forme, qui peut être tacite et résulter de la possession d'état : l'enfant est alors considéré comme *pourvu d'une reconnaissance volontaire* de la part de sa mère (ci-dessus, nºs 1475 et 1477) ;

3º A défaut de reconnaissance, l'enfant peut faire sa *preuve en justice* ; la preuve de l'accouchement sera faite pleine et entière par l'acte de naissance, si la mère y est nommée ; quant à son identité, l'enfant ne pourra l'établir que par un *commencement de preuve par écrit autre que son acte de naissance* (Décision de 1872 ; ci-dessus, nº 1467).

VI. — La légitimation.

CHAPITRE UNIQUE

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

****1549. Définition.** — La légitimation est un *bénéfice par lequel la qualité d'enfant légitime est fictivement conférée, avec toutes ses conséquences, à un enfant conçu hors mariage.* Ce bénéfice est avantageux à la fois pour les parents et pour l'enfant.

Bibliographie.— Société d'études législatives, *Bulletin*, 1910. Rapport de M. Francastel. — Chancerelle, *De la légitimation des enfants adultérins*, thèse, Paris, 1912.

1550. Historique. — Le droit romain a connu diverses espèces de légitimation ; les seules qui se soient conservées en France sont la légitimation *par le mariage subséquent* et la légitimation *par rescrit du prince.* La légitimation par mariage, qui est la plus ancienne, remonte à Constantin et fut probablement introduite sous l'influence de l'Église. Le droit canonique la répandit plus tard dans presque toute l'Europe. La légitimation par rescrit a été imaginée par Justinien pour suppléer à la précédente lorsque le mariage était devenu impossible entre les parents.

En France, le rescrit impérial fut remplacé par des *lettres* de légitimation que délivrait la chancellerie royale et qui étaient pour elle une source de revenus. On prit aussi l'habitude de s'adresser au pape et de lui demander des lettres de légitimation ; mais, à partir du XVIe siècle, les légats auxquels le pape concédait le pouvoir de légitimer les bâtards se heurtèrent à une jurisprudence hostile des Parlements qui mit fin à ce procédé. La légitimation par lettres royaux disparut elle-même au commencement de la Révolution, sans abrogation formelle, par suite du vote de la Constitution de 1791 qui supprimait les Parlements. Il ne restait donc plus, lorsque le Code civil fut rédigé, que la légitimation par mariage.

***1551. Examen critique.** — La légitimation a une influence moralisatrice incontestable. Elle pousse les faux ménages à se transformer en familles légitimes, en leur offrant, comme cadeau de noces, la légitimité de leurs enfants. En Angleterre cependant, où l'on comprend souvent les choses d'une façon particulière, on craindrait d'encourager le concubinage par la perspective de la légitimation, en donnant aux particuliers l'espoir d'une réhabilitation ; par conséquent, lorsqu'une Française épouse un Anglais, leurs enfants naturels ne sont pas légitimés (aux yeux de la loi anglaise, mais voyez Cass., 23 nov. 1857, D. 57. 1. 423, S. 58. 1. 293). Ce système est inutilement sévère, car la passion ne calcule pas ; ce n'est pas le caractère irréparable de la faute qui empêche de la commettre. Il vaut donc mieux laisser aux gens la possibilité de la réparer.

La question de savoir s'il serait utile de rétablir la légitimation par rescrit (nous dirions aujourd'hui *par décret*) est diversement appréciée. Son rétablissement me semblerait contraire au but de l'institution, en diminuant pour les concubins l'utilité du mariage, qu'ils

différeraient indéfiniment, escomptant la possibilité de légitimer leurs enfants sans se marier eux-mêmes.

§ 2. — *Enfants pouvant être légitimés.*

****1552. Exclusion primitive des enfants adultérins ou incestueux.** — En principe, la légitimation n'est permise que pour les enfants naturels simples. Pourront être légitimés, disait l'ancien art. 331, « les enfants nés hors mariage, *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin...* » C'était bien clair ; les enfants dont la conception est le fruit d'un inceste ou d'un adultère ne pouvaient pas être légitimés. Cependant, la jurisprudence d'abord, la loi ensuite, ont apporté à ce principe de très graves exceptions qui l'ont presque détruit.

****1553. Jurisprudence relative aux enfants incestueux.** — La Cour de cassation décide que l'enfant né d'un oncle et de sa nièce, d'une tante et de son neveu, d'un beau-frère et de sa belle-sœur, c'est-à-dire de personnes entre lesquelles le mariage est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance, se trouve légitimé lorsque ses parents contractent mariage ensemble après avoir obtenu des dispenses conformément à l'art. 164 (Cass., 22 janv. 1867, trois arrêts, D. 67. 1. 5, S. 67. 1. 49 ; Cass., 27 janv. 1874 D. 74. 1. 216, S. 74. 1. 108).

Cette jurisprudence supprime la disposition de l'art. 331 en tant qu'il défend de légitimer es enfants incestueux. En effet, pour qu'il soit possible de légitimer un enfant, il faut que ses père et mère aient le droit de se marier un jour. Or le vice d'inceste dérive de la parenté ou de l'alliance, et ces deux qualités sont indélébiles ; l'obstacle qui en résulte pour le mariage est donc perpétuel. Par conséquent, le seul cas où la prohibition contenue dans l'art. 331 pouvait empêcher la légitimation d'un enfant incestueux est celui où ses parents se marient après avoir obtenu des dispenses. Apparemment cet article n'a pas été écrit pour empêcher la légitimation d'un enfant né d'un inceste entre frère et sœur ou entre père et fille : la loi n'avait pas besoin de défendre cette légitimation puisque le mariage des père et mère ne pourra jamais avoir lieu.

La jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas prévalu sans résistances. Voyez notamment un arrêt de la Cour de Colmar du 13 mars 1866 fortement motivé (D. 66. 2. 60, S. 66. 2. 199). Elle est encore combattue par la plupart des auteurs comme ouvertement contraire aux textes de la loi (Bressoles, *Revue critique*, 1867, t. XXX, p. 183, et XXXI, p. 208 ; Demolombe, t. V, n° 354 ; Laurent, t. IV, n°s 175 et 178). La raison qui a entraîné la jurisprudence est que l'obstacle qui sépare les époux n'est pas absolu, puisqu'il est de nature à être supprimé par une simple mesure administrative ; il y aurait quelque chose de choquant et de dur à maintenir dans l'état inférieur de bâtards incestueux des enfants dont les parents sont légitimement mariés. On ajoute que la condition de l'enfant dépendra souvent de l'exactitude des bureaux, et qu'il sera incestueux ou légitime suivant que les commis de la chancellerie chargés d'expédier les dispenses auront été paresseux ou diligents. Tout ce qu'on a dit sur ce point est parfaitement juste ; mais ce sont des motifs pour demander une réforme, et non des arguments pour le juge. La Cour de cassation a réellement refait la loi. Comp. C. civ. espagnol, art. 119.

1553 *bis*. Réforme de 1907 en faveur des enfants adultérins. — Le législateur moderne, de plus en plus indulgent pour l'adultère, et de

plus en plus favorable au divorce et aux enfants naturels, a voulu permettre la légitimation de certaines catégories d'enfants adultérins, dont les parents se sont ensuite unis par un mariage légitime (voyez les observations de M. Chaumié dans *Dalloz*, 1907. 4. 172, col. 3). La loi du 7 novembre 1907, qui a opéré cette réforme, distingue deux cas. La loi du 30 décembre 1915 en a ajouté un troisième.

Cas de divorce. — La légitimation est possible pour les enfants qui naissent plus de 300 jours après l'ordonnance du Président autorisant la femme à avoir une résidence séparée (art. 878 C. proc. civ. et ci-dessus, nº 1245). A partir de ce moment, les deux époux qui plaident en divorce, ayant des habitations distinctes, celui des deux qui entretient des relations adultères avec une tierce personne est implicitement autorisé à les continuer, puisque l'enfant qui sera désormais conçu pourra acquérir plus tard la qualité d'enfant légitime. Cependant l'adultère continue à être considéré comme un délit, ce qui fait une contradiction de plus dans nos lois, mais qui en a cure? Afin d'être plus libérale encore envers les époux adultères, la loi de 1907 accorde la même faculté de légitimation aux époux qui commencent par la séparation de corps avant d'arriver au divorce, ce qui fait cependant un intervalle de plusieurs années, pendant lequel l'époux adultère pourra avoir plusieurs enfants de son concubin : tous seront légitimés plus tard. Enfin la loi n'exige même pas que la procédure ait eu le temps d'aboutir à un jugement de divorce ou de séparation de corps : si l'époux trompé meurt au cours du procès, son conjoint survivant, devenu veuf, pourra légitimer, en se mariant avec son complice, les enfants qu'il aura eus depuis l'ordonnance précitée.

Cas de désaveu. — La faculté de légitimer l'enfant adultérin est encore accordée par la loi du 7 novembre 1907 lorsque cet enfant a été *désavoué* par le mari de sa mère. Si plus tard le mari meurt ou divorce, la femme adultère pourra légitimer son enfant en épousant le véritable père de celui-ci.

Enfants du mari. — La loi du 30 décembre 1915 permet d'une façon générale la légitimation des enfants adultérins du mari sous la seule condition qu'il n'ait lui-même aucun enfant légitime issu de son mariage.

Conditions de la légitimation. — Bien que la loi ne le dise pas clairement, cette légitimation suppose que l'enfant sera *reconnu* par ses parents et que la reconnaissance interviendra au plus tard dans l'acte de célébration du mariage. Les mots « pourront être légitimés... dans l'acte même de célébration », impliquent que la reconnaissance ne pourrait pas être faite isolément, par anticipation, en prévision d'un mariage projeté.

Mais, au cas de divorce, il n'est pas nécessaire que cet enfant soit désavoué par le premier mari ; il résulte indirectement de la loi de 1907 que la

présomption *Pater is est...* ne protège plus les enfants nés plus de 300 jours après une séparation des deux époux régulièrement autorisée par la justice (Bordeaux, 24 juill. 1911, D. 1912. 2. 345, P. et S. 1912. 2. 89. — *Contrà* trib. de Ruffec, 21 juin 1911, *ibid.*). Il en résulte également (et ceci est beaucoup moins favorable pour eux) que si le mariage de leur mère avec leur véritable père n'a pas lieu, ils restent adultérins de plein droit et que tout le monde peut contester leur légitimité.

***1554. Légitimation d'un enfant décédé.** — En principe, la légitimation doit avoir lieu *pendant la vie de l'enfant.* Une fois qu'il est mort, elle n'est plus possible parce qu'on ne peut pas conférer une qualité nouvelle à quelqu'un qui n'existe plus. Toutefois la légitimation est encore permise *lorsque l'enfant naturel décédé a laissé des descendants légitimes* (art. 332). Elle profite alors à ses descendants en améliorant leurs rapports avec leurs grands-parents et avec toute la famille. Jusque-là ils ne pouvaient faire valoir que les droits de l'enfant naturel décédé qu'ils représentaient ; ils n'avaient donc sur la succession des grands-parents que des droits limités, ceux d'un enfant naturel, et ils n'en avaient aucun à l'égard des autres membres de la famille, la parenté naturelle ne s'étendant pas au delà du premier degré. Désormais, l'enfant décédé étant réputé légitime, ils entrent eux-mêmes complètement dans la famille et leurs droits de succession se développent en conséquence.

Quand l'enfant naturel décédé n'a laissé que des enfants naturels, sa légitimation n'est pas possible parce qu'elle ne servirait de rien à ses enfants. Étant eux-mêmes naturels, et ne pouvant plus être légitimés par le mariage de leurs parents, dont l'un est mort, ils ne seraient pas rattachés à la famille légitime et resteraient incapables de succéder à qui que ce soit, malgré la légitimité posthume accordée à leur père ou mère.

§ 3. — *Conditions de la légitimation.*

****1555. Indication de ses conditions.** — Depuis 1791, la loi française ne permet plus qu'une seule espèce de légitimation, celle qui se fait par le mariage des père et mère. Cette légitimation exige deux conditions. Il faut : 1° *Que les père et mère de l'enfant contractent mariage entre eux* ; 2° *Que l'enfant ait été reconnu par eux avant le mariage.*

A. — Célébration d'un mariage.

****1556. Nécessité d'un mariage régulier et valable.** — En exigeant que les parents de l'enfant se marient, la loi entend naturellement parler d'un mariage régulier et valable. Toutefois, le mariage nul qui produit ses effets à titre de *mariage putatif*, à raison de la bonne foi des époux,

entraîne légitimation des enfants. Il n'y a de doute qu'autant que la cause de nullité du mariage se trouve être la bigamie ou l'inceste.

B. — Reconnaissance antérieure au mariage.

****1557. Système primitif du Code et réforme de 1915.** — La loi veut que l'enfant qu'il s'agit de légitimer soit *reconnu avant le mariage*, mais il suffit que cette reconnaissance ait lieu, *au plus tard*, *dans l'acte même qui constate la célébration du mariage* (art. 331). Malgré la formule précise de cet article, on admet que la reconnaissance peut avoir lieu par un acte séparé dressé en même temps que l'acte de mariage (Cass., 27 déc. 1905, D. 1906. 1. 185, P. et S. 1908. 1. 529).

D'après le droit canonique, la légitimation avait lieu *de plein droit*, par l'effet du mariage, sans qu'il fût nécessaire de reconnaître préalablement l'enfant. Ce système était plus raisonnable que le nôtre. C'est le mariage qui légitime ; quand la filiation est certaine, qu'importe qu'elle soit constatée après le mariage? Les auteurs du Code ont craint une fraude qui, paraît-il, était quelquefois commise. Deux époux, n'ayant pas d'enfants, s'entendaient pour reconnaître un enfant abandonné, et faisaient de lui par leur mensonge un enfant légitime. C'est ce calcul que le législateur a voulu empêcher. Il semble que le droit ouvert à tout intéressé de contester la reconnaissance suffisait pour prévenir la fraude.

Quoi qu'il en soit, la loi était formelle : si la reconnaissance est faite après le mariage, elle a été faite trop tard, et le bénéfice de la légitimation est refusé à l'enfant. Cette sévérité était d'une rigueur extrême. Beaucoup de gens ignorent en se mariant l'exigence de la loi. Que de légitimations ont été rendues pour jamais impossibles par un oubli involontaire, alors que les parents croyaient avoir légitimé leurs enfants en se mariant !

La loi du 30 décembre 1915 a tempéré le système du Code en autorisant la légitimation de l'enfant par jugement lorsque la reconnaissance est postérieure au mariage, sous la condition que l'enfant ait la possession d'état d'enfant commun aux deux époux (art. 331 nouveau) (1).

***1558. Enfants pour lesquels la reconnaissance n'est pas exigée.** — La condition d'une reconnaissance n'est exigée par le Code que pour les enfants *nés* avant le mariage. Si l'enfant n'est encore que *conçu*, il se trouve légitimé de plein droit par le seul fait de la célébration. En effet, on a vu plus haut que l'enfant conçu avant le mariage et né depuis est assimilé par la loi aux enfants légitimes ; or nulle part il n'est dit que cet enfant doive être préalablement reconnu par les parents. L'art. 331, qui exige cette reconnaissance, ne parle que des enfants « *nés* hors mariage ».

***1559. Procédé par lequel l'enfant déjà conçu obtient la légitimité.** — Il est impossible d'expliquer la situation faite à cet enfant sans faire intervenir l'idée d'une légitimation, puisque la qualité de légitime ne lui appartient pas par son origine, étant né de deux personnes non mariées au jour de sa conception, et qu'elle lui est conférée par un fait postérieur, le mariage de ses père et mère. De l'aveu de tout le monde, la qualité de légitime ne peut appartenir à cet enfant qu'à partir du mariage de ses parents, et cela sans

(1) Une loi du 7 avril 1917 a même permis la légitimation posthume par jugement des enfants dont le père mobilisé est décédé avant d'avoir pu contracter mariage, à la suite de blessures ou de maladies reçues ou contractées ou aggravées pendant son séjour sous les drapeaux.

aucune rétroactivité. De quel nom appeler, si ce n'est du nom de « légitimation », l'acte qui confère le bénéfice de la légitimité à un enfant dont la conception a été illégitime?

Cependant quelques auteurs pensent que cet enfant n'est pas seulement *légitimé*, mais qu'il est bel et bien *légitime* (Demolombe, t. V, nos 61 à 63), et leur opinion a été reproduite par quelques arrêts (Lyon [motifs de l'arrêt], 6 avril 1870, D. 70. 2. 227, S. 70. 2. 109 ; Poitiers, 19 juill. 1875, D. 76. 2. 28, S. 72. 2. 261). Mais elle a été formellement condamnée par la Cour de cassation (Cass., 28 juin 1869, deux arrêts, D. 69. 1. 335, S. 69. 1. 446). Ces arrêts décident que « c'est la *conception*, et non la naissance, qui *constitue la filiation*, et que si l'enfant né avant le 180e jour du mariage naît légitime, c'est *l'effet d'une fiction de la loi* qui suppose que ses parents ont eu l'*intention de lui conférer la légitimité par leur mariage* ». On ne s'y prendrait pas autrement pour définir la légitimation.

La controverse ne porte pas sur une pure question de mots. Ceux qui soutiennent l'idée d'une légitimité vraie veulent faire passer pour légitime l'enfant qui a été conçu avant le mariage, *à un moment où le père était encore engagé dans les liens d'une précédente union*. Cet enfant, étant né d'un homme marié et d'une femme autre que l'épouse légitime de son père, est *adultérin*, et, par suite, s'il s'agissait d'une simple légitimation, il ne pourrait pas en profiter, à cause de l'art. 331. On cherche donc à esquiver la prohibition de cet article, en disant qu'il est légitime, et non pas légitimé (Cass. belge, 29 nov. 1906, D. 1910. 2. 68).

De cette jurisprudence, il résulte que la légitimation par mariage se fait de deux façons différentes : quand il s'agit *d'enfants déjà nés*, la légitimation exige une condition (la reconnaissance antérieure au mariage) qui n'est pas nécessaire lorsque l'enfant est encore *simplement conçu* ; pour ce dernier, la légitimation résulte du seul fait du mariage.

1560. Cas où la filiation de l'enfant est établie par jugement. — Dans l'art. 331, la loi ne prévoit que la *reconnaissance* volontaire. Que dire des enfants non reconnus, qui feraient constater leur filiation *par jugement?* Dans l'opinion générale, on fait une distinction :

a. Si la filiation a été judiciairement constatée *avant le mariage*, il n'y a pas de doute ; l'enfant sera légitimé. Exiger des parents une reconnaissance serait leur demander un acte inutile : il n'y a pas lieu de reconnaître une paternité ou une maternité qui est déjà régulièrement établie.

b. Si la filiation de l'enfant est restée inconnue jusqu'au mariage, et que l'action en recherche soit ensuite exercée, on décide en général que la légitimation ne sera pas acquise à l'enfant. Sans cela, les parents se feraient intenter une action par leur prétendu enfant, et le légitimeraient ainsi malgré la loi.

C. — Conditions non exigées par la loi.

1561. Possibilité du mariage au jour de la conception. — Il a pu exister à l'époque de la conception un empêchement prohibitif, comme le délai de dix mois imposé à la femme veuve ou divorcée, ou même dirimant, comme le défaut d'âge. Peu importe, l'enfant sera légitimé. Il n'y a lieu de faire exception que pour l'existence d'un mariage antérieur, qui rendrait l'enfant adultérin. Voyez toutefois ci-dessus, no 1553.

1562. Déclaration expresse de légitimation. — Il n'est pas non plus nécessaire que les parents manifestent la volonté de légitimer leur enfant. La légitimation s'opère de plein droit quand le mariage a lieu à un moment où la filiation de l'enfant est déjà légalement constatée. Le texte dit bien : « *pourront* être légitimés », mais il n'entend pas par là faire de la légitimation une faculté pour les parents, il indique seulement le moyen à employer. Bien mieux : une volonté contraire, formellement exprimée, n'empêcherait pas la légitimation.

1563. Consentement de l'enfant. — Enfin il est inutile que l'enfant consente à la légitimation quand il est en âge de le faire ; il ne peut pas s'y refuser, et n'a d'autre ressource pour s'y soustraire que de contester la reconnaissance dont il a été l'objet.

§ 4. — *Formes de la légitimation.*

1564. Abandon des anciennes formes. — Jadis la légitimation se faisait avec une certaine solennité. On plaçait les bâtards qu'on voulait légitimer sous un *poile* ou voile (*pallium*), qu'on étendait au-dessus des époux pendant la cérémonie du mariage : « Enfants, nés avant le mariage, mis sous le poile, sont légitimés » (Loysel, n° 58). Aujourd'hui, toute forme extérieure est inutile. Quand les conditions exigées par la loi sont remplies, la légitimation s'opère par le seul fait de la célébration du mariage.

***1565. Transcription de la légitimation.** — Depuis une loi du 17 août 1897, il doit être fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. Cette formalité est destinée à assurer la publicité du fait ; elle ne saurait être considérée comme *condition de validité :* c'est une simple *mesure d'ordre.*

§ 5. — *Effets de la légitimation.*

****1566. Acquisition des droits d'enfant légitime.** — L'enfant doit être traité comme un enfant légitime : les enfants légitimés, dit l'art. 333, auront *les mêmes droits* que s'ils étaient nés du mariage. La loi ne fait aucune distinction, aucune réserve ; l'assimilation est entière.

***1567. Absence de rétroactivité.** — Il subsiste toutefois une différence entre l'enfant légitimé et les véritables enfants légitimes. C'est que l'assimilation qui se produit alors n'est pas rétroactive ; elle ne se produit qu'*à compter du mariage* et pour l'avenir seulement, et ne remonte pas dans le passé jusqu'au jour de la conception de l'enfant. Il a été conçu comme enfant naturel, et il est resté tel jusqu'au mariage ; il n'est devenu légitime que le jour où ses parents se sont mariés. Il ne peut pas y avoir de légitimité antérieure à l'union conjugale. De là résulte une conséquence pour les successions qui se sont ouvertes avant le mariage : l'enfant légitimé n'y a aucun droit, parce qu'à cette époque il était encore enfant naturel, et que les enfants de cette catégorie ne peuvent succéder aux parents légitimes de leurs père et mère.

1568. Contestation de la légitimation. — La légitimation peut être contestée, soit qu'on attaque le mariage qui l'a produite, soit qu'on conteste la reconnaissance qui a précédé le mariage. L'action appartiendra à ceux à qui la loi permet de faire annuler le mariage (art. 180, 182, 184, 191) ou de critiquer la reconnaissance (art. 339). Comp. Cass., 20 avril 1885, D. 86. 1. 23, S. 86. 1. 313. L'enfant lui-même serait admis à contester la reconnaissance dont il a été l'objet et la légitimation qui en a été la conséquence, sans qu'on puisse lui objecter l'art. 322, aux termes duquel nulle action n'est recevable pour modifier la filiation d'un enfant légitime qui a un titre et une possession d'état conformes, car cet article ne s'applique qu'aux enfants légitimes proprement dits.

VII. — L'adoption.

GÉNÉRALITÉS

***1569. Définition.** — L'adoption est un *contrat solennel*, soumis à l'approbation de la justice, qui *crée entre deux personnes des relations analogues à celles qui résulteraient de*

la filiation légitime. Toutefois la parenté fictive qui résulte de l'adoption n'imite que d'une manière très imparfaite la parenté véritable. Ses effets sont moins étendus et moins nombreux, et son seul résultat sérieux est de donner un héritier, ayant tous les droits d'un fils, aux personnes qui n'ont pas d'enfants. L'adoption ne détruit pas les rapports de filiation que l'adopté tient de sa naissance ; la parenté fictive qu'elle crée se superpose à ces rapports, sans se substituer à eux.

1570. Historique. — L'établissement de l'adoption en France, pendant la Révolution, a été une sorte de résurrection. L'adoption, usitée autrefois dans l'Empire romain, avait disparu depuis longtemps dans les provinces coutumières, et, même dans le Midi, elle était presque entièrement oubliée. Dès le XVIe siècle, elle ne conférait plus à l'enfant adoptif le droit de succéder à l'adoptant.

L'adoption fut réintroduite dans le droit français par une décision de l'Assemblée législative qui ordonna à son Comité de législation de la comprendre dans son plan général des lois civiles (18 janvier 1792). Ni les conditions, ni les formes, ni les effets de l'adoption ne furent alors réglés. Cependant on en vit se produire un certain nombre, surtout après que la Convention eut donné l'exemple en adoptant, le 25 janvier 1793, la fille de Lepelletier Saint-Fargeau, assassiné dans un café par le garde du corps Paris. Ces adoptions furent plus tard confirmées par une loi du 25 germinal an XI.

La commission chargée de la rédaction du Code n'avait pas maintenu l'adoption dans son projet (rédaction de l'an VIII) ; elle y fut introduite sur la demande de la section de législation du Conseil d'État, et probablement à l'instigation de Bonaparte.

L'adoption a été comprise par les auteurs du Code comme une *institution philanthropique* destinée à être à la fois « la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants pauvres » (Berlier dans Fenet, t. X, p. 247). La Constitution de 1793 s'était déjà placée au même point de vue, lorsqu'elle avait accordé les droits de citoyen français à tout étranger qui adopterait un enfant. Mais voyez les critiques très sensées dirigées par Tronchet contre l'adoption considérée comme acte de bienfaisance : elle peut causer des regrets tardifs, après avoir converti en devoir une affection jusque-là libre et indépendante, et au surplus elle n'est pas nécessaire à celui qui veut faire le bonheur d'un enfant (Fenet, t. X, p. 368 à 370).

Les adoptions sont peu nombreuses. En 1897, il y en a eu 87, concernant 95 enfants (*Journal officiel*, 7 juillet 1900) ; en 1899, il n'y en a eu que 67, concernant 73 enfants (*Journal officiel*, 13 décembre 1901). En 1901, il y eut 86 adoptions.

1571. Législations étrangères. — L'adoption a été supprimée en Hollande par le Code de 1838. Elle a été maintenue en Italie (C. civ., art. 202-219) et Laurent proposait de la maintenir aussi en Belgique (*Avant-projet*, art. 344-346). Le Code civil allemand contient une réglementation nouvelle de l'adoption (art. 1741-1772). En Espagne, elle est régie par les art. 173-180 C. civ.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADOPTION ENTRE VIFS

(Adoption des majeurs.)

§ 1. — *Qui peut adopter.*

1572. Femmes. — Les femmes aussi bien que les hommes sont capables d'adopter. L'adoption romaine, qui avait pour objet principal de donner la *patria potestas*, n'était permise qu'aux hommes, parce que cette puissance ne pouvait appartenir aux femmes.

1573. Célibataires. — Quoique l'adoption ait pour but de suppléer au défaut de postérité légitime, il n'est pas nécessaire que l'adoptant soit *marié*.

Le projet de la commission de rédaction exigeait au contraire le mariage : il fallait *être* ou *avoir été* marié ; on voulait simplement remédier à l'infécondité de certaines unions. Pourtant cette condition spéciale fut finalement écartée. Par suite, un célibataire peut adopter.

1574. Prêtres catholiques. — Un prêtre catholique peut adopter (Cass., 28 nov. 1844, S. 44. 1. 801). Cela n'est plus douteux depuis que la jurisprudence admet la validité du mariage des prêtres, et surtout depuis la séparation de l'Église et de l'État. Le seul exemple connu d'adoption faite par un prêtre remonte à la Révolution. L'art. 174 du Code civil espagnol interdit l'adoption aux ecclésiastiques.

***1575. Conditions requises en la personne de l'adoptant.** — Comme l'adoption a pour but de donner une paternité fictive aux personnes qui n'ont pas d'enfants, deux conditions sont exigées de toute personne qui veut adopter :

1° Elle doit *avoir passé l'âge où l'on peut espérer avoir des enfants*. Cet âge est fixé par la loi à 50 *ans révolus*, pour les deux sexes (art. 343) ;

2° Elle doit n'avoir *aucun enfant ou descendant légitime* au jour de l'adoption (art. 343) ;

En outre, comme l'adoption est une faveur, on exige :

3° *Que l'adoptant ait une bonne réputation* (art. 355) ;

Enfin, comme l'adoption est une institution créée par le législateur, on la considère comme un droit *civil*, refusé aux étrangers. Il faut donc :

4° *Que l'adoptant soit français*. Jurisprudence constante (P. Renault, *Revue critique*, 1884, p. 705 ; *Contrà*, Weiss, *Droit intern. privé*, 7e édit., p. 250).

1576. De l'absence d'enfants. — D'après l'art. 343, les enfants légitimes sont les seuls qui fassent obstacle à l'adoption. L'existence d'un enfant naturel, même reconnu, n'empêche pas son père d'adopter un autre enfant ; mais si l'enfant naturel avait été légitimé, toute adoption serait désormais impossible, puisqu'il est assimilé aux enfants légitimes. Quant à l'enfant adoptif, sa présence n'empêche pas une seconde adoption ; on peut adopter plusieurs enfants, soit en même temps, soit successivement.

1577. Effet de l'existence d'un enfant légitime. — L'existence d'un enfant ou d'un descendant légitime ou légitimé au jour où l'adoption a lieu la rend *nulle*, et comme cette nullité est établie dans l'intérêt des enfants légitimes, il suffit, pour qu'elle se produise, que l'enfant soit *conçu* au jour de l'adoption ; il n'est pas nécessaire qu'il soit déjà né. Mais la *survenance, après l'adoption*, d'un enfant légitime ou la légitimation d'un enfant naturel antérieurement né ne porte aucune atteinte aux droits de l'enfant adoptif. Quand elle a été valablement réalisée, l'adoption est définitivement acquise et ne peut pas tomber par suite d'un fait postérieur ; et l'art. 350 suppose qu'un enfant adoptif peut concourir dans la succession de l'adoptant avec des enfants légitimes *nés depuis l'adoption*.

§ 2. — *Qui peut être adopté.*

***1578. Pas de distinction entre les sexes.** — Les femmes peuvent être adoptées aussi bien que les hommes.

1579. Condition d'âge exigée de l'adopté. — Les *majeurs* seuls peuvent être adoptés (art. 346). Dans la pensée primitive des rédacteurs de la loi, l'adoption devait au contraire s'appliquer surtout aux *enfants en bas âge* : ils voyaient en elle une institution de charité destinée à assurer l'avenir des enfants abandonnés ou nés de parents très pauvres. Ils ne s'arrêtèrent pas à cette idée parce qu'ils reconnurent que le consentement de l'adopté était nécessaire.

1580. Adoption de la même personne par les deux conjoints. — Nul ne peut être adopté par plusieurs (art. 344, al. 1) ; une seconde adoption ferait double emploi avec la première. Toutefois l'article ajoute : « Si ce n'est par deux époux », ce qui n'a rien

que de très naturel ; l'adoption, destinée à imiter la nature, peut donner à l'adopté un père et une mère. Deux conjoints peuvent adopter l'enfant simultanément ou successivement. En 1899, sur 67 adoptions, 19 ont été faites par deux conjoints en même temps.

1581. Cas où l'adopté est parent de l'adoptant. — Il n'est pas nécessaire que l'enfant adopté soit *étranger* à l'adoptant. Ce peut être un parent, un oncle, par exemple, qui adopte son neveu ; un père qui adopte son enfant naturel. Ce dernier point toutefois a donné lieu à une controverse qui mérite d'être rappelée.

***1582. Adoption des enfants naturels.** — La question de savoir si une personne peut adopter son enfant naturel a été très vivement discutée. Cette question ne se pose du reste que pour les enfants dont la filiation est *légalement certaine*, car s'il n'y a eu ni acte de reconnaissance ni jugement, la filiation étant inconnue aux yeux du droit, rien ne peut empêcher que l'enfant soit adopté par son père ou par sa mère.

L'adoption des enfants naturels est devenue célèbre par les variations d'opinions et de jurisprudence qu'elle a provoquées. Merlin a changé deux fois d'avis sur la question. La Cour de cassation a fait de même. En 1841, elle jugea que cette adoption était permise, consacrant par là la jurisprudence déjà suivie dans 15 cours d'appels sur 19 (28 avril 1841, D. 41. 1. 137, S. 41. 1. 273). Son arrêt fut enregistré comme « un arrêt de principe qui devait faire cesser toute controverse ». (Sirey). Moins de deux ans après, elle se déjugeait et déclarait que cette adoption est défendue (16 mars 1843, D. 43. 1. 97, S. 43. 1. 277). Enfin, en 1846, elle revint à sa première solution et depuis lors sa jurisprudence n'a plus varié (1er avril 1846, D. 46. 1. 81, S. 46. 1. 273). Cependant la lutte continua dans la doctrine (nombreuses indications d'auteurs dans Dalloz, *Suppl.*, vo Adoption, no 21) ; mais la jurisprudence paraît définitivement fixée (Cass., 13 mai 1868, D. 68. 1. 249, S. 68. 1. 338 ; Cass., 13 juin 1882, D. 82. 1. 308, S. 84. 1. 211).

La Cour de cassation s'est servie d'un argument unique, mais qui paraît solide : le Code a déterminé les conditions de l'adoption ; il n'a dit nulle part que l'enfant naturel ne pourrait pas être adopté après avoir été reconnu ; les limitations apportées à la capacité de l'enfant naturel ne concernent pas l'adoption. Or les incapacités sont de droit étroit ; donc l'adoption de l'enfant naturel est possible. On peut ajouter, pour ceux qui regrettent la disparition de la légitimation par rescrit, que l'adoption offre en pratique un moyen d'y suppléer dans une assez large mesure, quoique l'adoption ne confère pas des droits de succession aussi étendus que la légitimation. En 1897, sur 95 enfants adoptés, 26 étaient enfants naturels des adoptants ; en 1899, sur 73 adoptés, 13 étaient des enfants naturels, dont 7 légalement reconnus.

L'amélioration progressive du sort des enfants naturels rend leur adoption de moins en moins utile.

§ 3. — *Conditions de l'adoption.*

1583. Distinction. — Ces conditions sont de deux sortes : les unes ont trait aux *relations personnelles* entre l'adopté et l'adoptant, les autres aux *autorisations* que l'adopté ou l'adoptant doivent obtenir de diverses personnes.

1o Rapports entre adopté et adoptant.

***1584. Différence d'âge.** — L'adoption étant destinée à créer un rapport de parenté analogue à celui qui dérive de la filiation en ligne directe, il était naturel d'exiger que l'adoptant eût un certain nombre d'années de plus que celui qui va devenir son enfant selon la loi. Le Code français se contente d'une différence de 15 ans (art. 343). Le Code allemand (art. 1744) en exige 18.

***1585. Éducation de l'adopté.** — La loi veut en outre *que l'adoptant ait donné ses soins à l'adopté pendant sa minorité* et que ces soins aient duré *six années au moins* (art. 345). Cette seconde condition garantit l'existence d'une affection solide et durable envers l'enfant ; on évite ainsi des adoptions précipitées, inspirées par un caprice.

2° Autorisation de tierces personnes.

***1586. Consentement du conjoint de l'adoptant.** — Lorsque l'adoptant est marié, l'adoption est de nature à porter atteinte, et de plus d'une façon, aux droits de son conjoint. Le conjoint avait peut-être l'espoir de recueillir un jour en entier la *succession de l'adoptant*, si celui-ci n'a pas de parents au degré successible ; l'adoption lui enlève cet espoir. L'adopté va acquérir la qualité de *réservataire* et pourra faire réduire les libéralités faites par l'adoptant à son conjoint ; l'adoption va créer à son profit un droit éventuel à une *pension alimentaire*, qui viendra diminuer les ressources du ménage. On pouvait donc craindre que l'adoption ne devînt une cause de brouille et, en tout cas, elle lèse des droits acquis. C'est pour cela que la loi exige le consentement du conjoint de l'adoptant (art. 344, al. 2).

Le consentement du conjoint est toujours nécessaire, quel que soit l'époux qui veut adopter ; même quand c'est le mari, il a besoin du consentement de sa femme. A l'inverse, quand l'adoption est faite par la femme, le consentement que lui donne son mari n'est pas une autorisation maritale ordinaire, et par suite, il ne pourrait pas être suppléé par une autorisation de justice.

Le texte ne faisant aucune distinction, on doit décider que le consentement du conjoint est nécessaire *même quand il existe une séparation de corps.*

***1587. Consentement ou conseil des père et mère de l'adopté.** — Celui qui veut se donner en adoption doit solliciter de ses père et mère, ou du survivant, quand l'un d'eux est déjà mort, tantôt un *consentement* proprement dit, tantôt un *simple conseil*, selon l'âge qu'il a lui-même (art. 346). Les raisons qui ont fait exiger ce consentement ou ce conseil sont analogues à celles qui justifient la même condition en matière de mariage, mais les règles ne sont pas tout à fait les mêmes :

1° La limite d'âge à partir de laquelle la loi remplace le *consentement* à obtenir des parents par un simple *conseil*, est fixée à 25 ans pour l'adoption (art. 346), tandis que pour le mariage cette limite est abaissée à 21 ans (art. 148).

2° En cas de dissentiment, l'avis du père l'emporte quand il s'agit de mariage (art. 148). Pour l'adoption, la loi ne dit rien de semblable : l'art. 346 oblige l'adopté à rapporter le consentement de ses père et mère sans distinction. Il en résulte que la mère pourrait, par son opposition, rendre l'adoption impossible, bien que le père y consentît.

3° Le conseil des parents doit être requis pour l'adoption, quel que soit l'âge de l'enfant. Pour le mariage, il cesse d'être sollicité à partir de 30 ans (L. 21 juin 1907).

Ces règles n'ont pas été modifiées en 1907 ; on a cherché à faciliter les mariages ; on n'avait aucune raison de faciliter les adoptions.

§ 4. — *Facilités données pour l'adoption rémunératoire.*

1588. Cas où l'adoption prend ce caractère. — Les règles qui viennent d'être exposées dans les paragraphes précédents sont celles du droit commun. Dans certains cas, la loi se montre moins exigeante et rend l'adoption plus facile (1). Ceci a lieu lorsque l'adoption est la récompense d'un *sauvetage* : quand une personne sauve la vie d'une autre dans un combat, dans un incendie, dans un naufrage, dans une inondation ou dans tout autre accident (les cas prévus par la loi dans l'art. 345 ne sont que des exemples), la personne sauvée peut manifester sa reconnaissance en adoptant son sauveur. De là le nom d'*adoption rémunératoire.*

1589. Conditions supprimées. — Pour cette adoption, la loi supprime quelques-

(1) Les conditions seules de l'adoption sont changées ; les formes et les effets restent les mêmes. Par conséquent les développements donnés aux nos 1591 et suiv. sont communs à l'adoption ordinaire et à l'adoption rémunératoire.

unes des conditions qu'elle exige d'ordinaire : 1° Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait 50 ans révolus ; il suffit qu'il soit majeur. 2° Il n'est pas nécessaire qu'il ait 15 ans de plus que l'adopté ; il suffit qu'il soit plus âgé, fût-ce d'un seul jour. 3° Il n'est pas nécessaire qu'il lui ait donné des soins pendant plusieurs années (art. 345).

1590. Conditions maintenues. — Toutes les autres conditions sont maintenues, notamment celles qui concernent l'*absence d'enfants ou de descendants légitimes* et le consentement du conjoint de l'adoptant quand il est marié (art. 345).

§ 5. — *Formes de l'adoption.*

1591. Discussions au Conseil d'État. — Aucune forme spéciale n'avait été prescrite par l'Assemblée législative lorsqu'elle autorisa l'adoption. Les particuliers profitèrent de la liberté qu'on leur laissait : de 1792 à 1803, un assez grand nombre d'adoptions furent faites ; les unes furent reçues par des notaires, les autres par des officiers de l'état civil. Cet état d'incertitude ne pouvait durer. Lors de la préparation du Code, le Premier Consul proposa « pour frapper fortement l'imagination », de faire intervenir le Corps législatif dans les adoptions. « Le législateur, comme un pontife, leur donnera le caractère sacré... C'est le plus grand acte qu'on puisse imaginer. Il faut qu'il parte d'en haut, comme la foudre », et il citait l'exemple de Rome, où l'adoption se faisait dans les comices. Cependant son avis, qui avait d'abord prévalu, finit par être abandonné. Le Code permet l'adoption et en fixe les conditions ; il est donc inutile qu'une loi spéciale en autorise l'emploi pour chaque cas particulier. On ne voulut pas cependant laisser les adoptions se faire sans contrôle, et pour prévenir tout abus on décida de les soumettre à une homologation judiciaire (Fenet, t. X, p. 362 et suiv.).

***1592. Caractère solennel de l'adoption.** — L'adoption est, dans le système du Code, un *contrat solennel.* Et sa solennité ne tient pas seulement à ce que les formes établies par la loi sont exigées à peine de nullité ; il possède en plus une *solennité de fait,* qui tient à l'intervention obligée du tribunal civil et de la cour d'appel, chargés de vérifier la situation et d'autoriser le contrat.

***1593. Réception du contrat devant le juge de paix.** — Les deux parties doivent se présenter devant le *juge de paix* du domicile de l'adoptant. Elles comparaissent en personne ou par un procureur, porteur d'un mandat spécial et authentique ; le juge de paix dresse acte de leurs consentements respectifs (art. 353).

***1594. Homologation par justice.** — L'acte d'adoption dressé par le juge de paix doit être transmis au procureur de la République près le *tribunal de première instance du domicile de l'adoptant.* Ce tribunal est chargé de statuer sur l'*approbation* ou le *rejet de l'adoption.* Il vérifie si toutes les conditions sont remplies et si l'adoptant jouit d'une bonne réputation, le tout sans écritures ni procédure, et rend son jugement en secret, en la chambre du conseil, et non à l'audience publique. Le jugement n'est pas motivé. Le tribunal dit simplement, suivant qu'il accorde ou qu'il refuse son homologation : « Il y a lieu » ou : « Il n'y a pas lieu à l'adoption. »

Le tribunal ne statue jamais qu'à charge d'appel (1). La question doit être soumise à la cour du ressort qui statue, elle aussi, sans donner de motifs. Lorsque la cour rejette l'adoption, son arrêt est rendu *en la chambre du conseil* ; lorsqu'elle l'admet, il est rendu *à l'audience et publié par voie d'affiches* (art. 354 à 358).

Ce sont les parties elles-mêmes qui saisissent la justice. Elles sont donc libres, si elles le veulent, de ne pas donner suite à leur projet d'adoption. La loi leur accorde un délai de dix jours à compter du contrat pour le soumettre au tribunal, et d'un mois à compter du jugement pour le transmettre à la cour ; ni l'un ni l'autre délai n'est fatal.

(1) L'approbation donnée par le tribunal civil devrait être suffisante. L'intervention de la cour d'appel est une satisfaction donnée au Premier Consul qui, partant de l'idée que l'adoption est un acte politique, disait que la sanction ne saurait venir de trop haut.

1595. Transcription de l'adoption sur les registres de l'état civil. — Dans les trois mois qui suivent l'homologation de l'adoption par la cour, lorsqu'elle a été admise, l'acte d'adoption doit être transcrit *sur le registre des naissances*, à la mairie du lieu du domicile de l'adoptant. Cette transcription se fait sur le vu d'une expédition en forme de l'arrêt de la cour. Le délai est de rigueur ; l'adoption reste sans effet si elle n'est pas inscrite sur les registres dans les trois mois (art. 359). L'oubli de cette formalité engage la responsabilité du maire (Poitiers, 26 févr. 1908, P. et S. 1910. 2. 17 ; Cass., 15 juin 1909, D. 1911. 1. 113) (1).

Ce qui doit être transcrit, ce n'est pas l'arrêt d'holomogation, mais bien l'*acte d'adoption* reçu par le juge de paix. L'officier de l'état civil déclarera qu'il l'enregistre, « vu l'arrêt de la cour de..., en date de tel jour. » — Il est fait mention de l'adoption en marge de l'acte de naissance (L. 13 février 1909).

1596. Achèvement de la procédure au cas de mort de l'adoptant. — Toutes ces formalités sont requises à peine de nullité, et l'adoption ne devient parfaite que lorsqu'elles sont accomplies. Toutefois si l'adoptant venait à mourir après que l'acte d'adoption a été transmis au tribunal et avant que la justice n'ait définitivement statué, la loi permet à l'adopté de continuer la procédure (art. 360).

1597. Rétroactivité de l'adoption. — Une fois homologuée par la justice et inscrite sur les registres de l'état civil, l'adoption rétroagit jusqu'*au jour du contrat devant le juge de paix*. Telle est du moins l'opinion générale.

§ 6. — *Effets de l'adoption.*

1598. Discussions sur les effets de l'adoption. — Une lutte très vive s'engagea au Conseil d'État quand il s'agit de déterminer les effets de l'adoption. D'après le projet de l'an VIII, l'adoption faisait entrer entièrement l'enfant dans sa nouvelle famille et elle brisait tous les liens avec l'ancienne, sauf l'obligation réciproque de se fournir des aliments dans le besoin (Fenet, t. X, p. 251). Le Premier Consul tenait beaucoup à ce que l'on reprît les règles de l'ancien droit romain et que l'on ne fît aucune différence entre l'enfant adoptif et l'enfant véritable. L'adoption, disait-il, doit « singer » la nature. « C'est une espèce de nouveau sacrement... ; le fils des os et du sang passe, par la volonté de la société, dans les os et le sang d'un autre » (Thibaudeau, *Mémoires*, p. 420 ; Fenet, t. X, p. 288). Bonaparte savait bien ce qu'il faisait en insistant pour que l'adoption eût des effets aussi énergiques que possible : il se réservait par là un nouveau moyen de fonder une dynastie, si son mariage continuait à rester stérile (comp. ci-dessus, n° 91-3°). Cependant, sur ce point encore, il n'obtint pas satisfaction. La discussion du Code civil fut brusquement interrompue par le message du 13 nivôse an X (ci-dessus, n° 79), et quand elle reprit onze mois après, le 27 brumaire an XI (18 nov. 1802), les idées qu'il avait réussi à faire prévaloir, et non sans peine, en frimaire an X, ne retrouvèrent plus la même faveur. On jugea immorale cette abdication des sentiments naturels, ainsi que leur remplacement par des affections fondées sur une fiction juridique. En conséquence, on n'attribua plus à l'adoption que des effets bornés.

***1599. Limitations principales.** — Il faut retenir surtout deux choses :

A. — *L'adoption ne fait pas sortir l'enfant de sa famille naturelle.* Les liens qui le rattachent à ses parents ne sont pas rompus (art. 348, al. 1). Il reste tenu envers ses père, mère et autres parents de toutes les obligations qui lui incombent, et réciproquement il conserve envers eux tous ses droits, notamment le droit de succession (art. 349). Il ne perd même pas le nom qu'il tient d'eux.

B. — L'adoption, étant un contrat, *ne crée de relations juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté* et, en principe, ses effets ne s'étendent pas au delà. Ce n'est que sur quelques points

(1) Sur la question de savoir si l'avoué d'appel est chargé, de plein droit, de faire transcrire l'acte à l'état civil dans les trois mois, voyez la note de M. Binet, D. 1913. 1. 241.

particuliers que les effets de l'adoption atteignent d'autres personnes que les deux contractants.

*1600. **Énumération.** — Les effets de l'adoption sont peu nombreux. Ils consistent : 1° dans une modification du *nom* de l'adopté ; 2° dans la création de quelques *empêchements de mariage* ; 3° dans la naissance d'une *obligation alimentaire* ; 4° dans l'attribution d'un *droit de succession.* — Sur ce dernier, qui est le plus intéressant, voyez t. III (1).

*1601. **Nom de l'adopté.** — L'adoption confère à l'adopté le *nom* de l'adoptant en l'ajoutant à son nom propre (art. 347). *En l'ajoutant...* par conséquent l'adopté conserve, malgré l'adoption, le nom qu'il a reçu de ses parents. Cette addition de nom est le signe extérieur du lien qui vient de s'établir entre deux personnes par l'adoption. Lorsque l'adoption est faite par une femme mariée seule ou par une veuve, c'est le nom de celle-ci, et non celui du mari, que doit prendre l'adopté. Lorsque l'adopté est un enfant naturel non reconnu, on se borne à lui donner le nom de l'adoptant (L. 13 février 1909).

1602. **Empêchements de mariage.** — L'adoption fait naître certains empêchements au mariage, savoir :

1° Entre l'adopté et l'adoptant ;

2° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant, de quelque qualité qu'ils soient, légitimes, naturels ou adoptifs ;

3° Entre l'adoptant et les descendants de l'adopté ;

4° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ;

5° Entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (art. 348).

Ce qui peut se résumer ainsi ; entre les deux parties ; entre l'une d'elles et les descendants de l'autre ; entre l'une d'elles et le conjoint de l'autre.

Cette énumération est *limitative* ; le mariage reste donc possible entre toutes autres personnes, par exemple entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté. — Ces empêchements sont-ils *dirimants* ou *prohibitifs?* C'est une question qui a déjà été examinée à propos du mariage. Ci-dessus, n° 1014.

*1603. **Obligation alimentaire.** — Cette obligation existe entre l'adopté et l'adoptant, de la même manière qu'entre un fils et son père, et elle est réciproque entre eux (art. 349) ; mais elle ne s'étend pas à d'autres qu'à eux. Voyez ci-dessus, n° 663.

CHAPITRE II

DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE

(Adoption des mineurs.)

1604. **Utilité.** — L'adoption doit en principe se faire *entre vifs;* par exception, la loi autorise l'adoption *par testament* dans certaines circonstances déterminées. Cette facilité exceptionnelle a paru un tempérament nécessaire de l'interdiction d'adopter un *mineur.* Prévoyant le cas où une personne se serait chargée de l'éducation d'un tout jeune enfant avec l'intention de l'adopter plus tard, la loi a jugé utile d'autoriser l'adoption par testament lorsque la personne qui se propose d'adopter craint de mourir avant l'époque où l'adoption sera devenue possible par la majorité de l'enfant.

1605. **Formes.** — L'adoption testamentaire est dispensée de toutes les formes requises

(1) Disons seulement ici que l'adopté acquiert sur la succession de l'adoptant tous les droits d'un enfant légitime, y compris la qualité de *réservataire.* Mais la réciproque n'est pas vraie : l'adoptant n'acquiert aucun droit sur la succession de l'adopté ; il peut seulement, en vertu d'un *droit de retour,* reprendre ce qu'il lui avait donné quand l'adopté vient à mourir avant lui.

pour l'adoption ordinaire. La loi n'exige pour elle ni l'intervention du juge de paix, ni l'homologation par justice, ni même l'inscription sur les registres de l'état civil. Le testament suffit (art. 366). Toutefois, cette adoption a besoin d'être *acceptée* par l'adopté après le décès de l'adoptant. C'est à ce moment seulement qu'elle devient *définitive*.

1606. Conditions. — L'adoption testamentaire reste soumise au droit commun pour ses conditions de fond. Ainsi elle n'est permise qu'aux personnes âgées de plus de cinquante ans (art. 361) et n'ayant point d'enfants légitimes au jour de leur décès (art. 366). La différence d'âge, grâce à la combinaison des art. 361 et 364, est même de beaucoup supérieure à quinze ans.

1607. Règles spéciales. — Facilitée singulièrement par la suppression des formes ordinaires, l'adoption testamentaire est, en revanche, soumise à *deux règles particulières*, qui en rendent *l'emploi infiniment rare*, pour ne pas dire nul.

1° La faculté d'adopter par testament n'est pas accordée à toute personne, mais seulement à celle qui a *accepté la charge de l'enfant sous forme de la tutelle officieuse* (ci-dessous, n° 1609). Il ne suffirait donc pas qu'il y ait eu, en fait, des soins donnés à l'enfant pendant sa minorité. — En outre, *il faut que la tutelle officieuse dure au moins depuis cinq ans au moment où le testament est fait* (art. 366). Fait plus tôt, le testament serait inefficace et ne conférerait pas à l'enfant le bénéfice de l'adoption. Cette condition extraordinaire fait que l'institution créée par la loi ne fonctionne pas dans la pratique.

2° L'adoption testamentaire ne produit son effet qu'autant que *l'adoptant vient à mourir avant la majorité de l'adopté*. Si l'adoptant vit assez longtemps pour voir l'adopté devenu majeur, ne serait-ce que de quelques jours, il doit être procédé à l'adoption dans les formes ordinaires, par contrat devant le juge de paix (art. 368). La déclaration d'adoption contenue dans le testament devient donc *caduque* par la majorité de l'adopté. C'est qu'alors l'adoption ordinaire étant devenue possible, la loi n'avait plus de raison pour laisser l'usage de cette forme exceptionnelle d'adoption.

1608. Effets de l'adoption. — La loi n'ayant point distingué, les effets de l'adoption sont alors les mêmes que si elle avait eu lieu par acte entre vifs, du moins ceux qui peuvent se produire encore, car ceux qui supposent que l'adoptant est encore vivant, comme l'obligation alimentaire, sont évidemment sans objet.

1609. De la tutelle officieuse. — On appelle ainsi une tutelle tout à fait exceptionnelle dans son mode d'établissement et dans les charges qu'elle entraîne. Celui qui devient *tuteur officieux* le devient *volontairement*, par une sorte de contrat dressé devant le juge de paix (art. 363). Il prend l'enfant à sa charge, c'est-à-dire qu'il est obligé de le nourrir, entretenir et élever à ses frais, et même, si l'enfant a des biens personnels, son tuteur officieux n'en peut employer les revenus à payer les frais d'éducation et d'entretien (1). Pour tout le reste, le tuteur officieux est traité comme un véritable tuteur. Il en a les *obligations*, les *pouvoirs* et les *responsabilités*.

Cette tutelle volontaire n'a qu'un but : faciliter une adoption projetée de pupille par son tuteur, en rendant possible l'emploi de la forme testamentaire, avant la majorité du pupille. De là les conditions d'âge, d'absence d'enfants, de consentement du conjoint, auxquelles l'établissement de cette tutelle est soumis par les art. 361 et 362. Elle ne peut se constituer que pour les enfants *âgés de moins de* 15 *ans* (art. 364). Pour des enfants plus âgés, elle ne servirait à rien, car leur tuteur officieux n'aurait pas le temps de leur donner avant leur majorité les cinq années de soins qu'exige l'art. 366 pour l'adoption testamentaire. L'emploi de ce procédé est extrêmement rare : en 1897, sur 87 adoptions, une seule avait été précédée de tutelle officieuse. On n'en a vu aucune en 1901 (*Journal officiel* du 5 janvier 1904).

(1) Un tuteur ordinaire pourvoit aux frais d'entretien et d'éducation de son pupille avec les revenus de celui-ci. L'enfant n'est pas à sa charge, à moins qu'il ne soit son descendant, et encore l'ascendant n'est-il tenu qu'en cas d'insuffisance des revenus propres au mineur.

LES INCAPABLES

I. — Généralités.

CHAPITRE UNIQUE

§ 1. — *Notions générales sur les incapacités.*

A. — Observations préliminaires.

****1610. Double sens du mot « incapacité ».** — Les expressions *incapable*, *incapacité*, sont amphibologiques. Ordinairement, elles s'emploient à propos des personnes qui, possédant tous leurs droits, n'en ont pas le libre exercice, comme les *mineurs* et les *interdits*; ceux-là sont les *incapables proprement dits* (ci-dessus, n° 430-2°). Mais les mêmes expressions s'emploient encore pour désigner des personnes qui sont *privées*, au fond et réellement, d'un ou plusieurs droits. Ainsi l'art. 725 énumère les personnes qui sont *incapables de succéder*; avant la loi du 14 juillet 1819 *les étrangers étaient incapables de succéder en France*, en vertu de l'art. 726; les art. 902, 906, 908, 911 parlent des personnes qui sont *incapables de recevoir des libéralités*, alors que la loi entend leur refuser absolument le droit d'acquérir par succession ou par donation et non pas seulement l'exercice de ce droit. De même on dit que les *syndicats professionnels* sont *incapables de posséder* des immeubles, sauf certaines exceptions (L. 21 mars 1884, art. 6). Ces cas de *privation totale* du droit mériteraient d'être distingués par le langage des simples *incapacités*. Rien ne serait plus facile, puisqu'on peut toujours dire : « L'étranger *ne pouvait pas succéder*, le syndicat *ne peut pas* (ou *n'a pas le droit de*) posséder, etc. » En tout cas, on doit se mettre en garde contre ce double sens du même mot, si on veut éviter des méprises (1). — Il ne sera question dans ce paragraphe que

(1) Comp. CAPITANT : « Il y a donc deux sortes de capacités, ou plutôt deux degrés dans la capacité : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice... » (*Introduction à l'étude du droit civil*, p. 90). M. Capitant remarque en note que « les Allemands emploient pour caractériser ces deux capacités deux termes plus expressifs que les nôtres : *Rechtsfaehigkeit* et *Handlungsfaehigkeit*. *Rechtsfaehigkeit* désigne l'aptitude à être titulaire de droits ; *Handlungsfaehigkeit*, c'est la capacité d'agir, de faire des actes juridiques qui produiront les conséquences légales qui y sont attachées. »

des incapacités proprement dites, celles qui portent simplement sur l'exercice des droits.

****1611. Distinction de la capacité et du pouvoir.** — La *capacité* est l'aptitude à agir valablement pour soi-même ; le *pouvoir* est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui. Il y a entre les deux choses une affinité évidente, quand la personne agit dans les limites de sa capacité ou de son pouvoir : dans les deux cas l'acte est valable et produit ses effets. Mais la capacité et le pouvoir se séparent d'une manière visible quand l'acte en excède les limites ; au cas d'incapacité, l'acte est seulement *annulable* et deviendra valable par le seul effet de l'écoulement de la prescription ; au cas de défaut de pouvoir, l'acte est *entièrement sans effet* à l'égard du véritable intéressé, qui peut seulement lui donner la vie en se l'appropriant par une *ratification.*

****1612. La capacité est la règle.** — L'art. 1123 dit : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » Cette règle, formulée incidemment à propos des contrats, est générale et s'applique à tous les actes juridiques. Il suffit donc de rechercher les cas exceptionnels dans lesquels une personne est *déclarée incapable.*

B. — Des différentes causes d'incapacité.

1613. Incapacités naturelles, incapacités arbitraires. — L'incapacité d'une personne est parfois l'œuvre arbitraire de la loi : par exemple l'*incapacité des condamnés à une peine criminelle*, qui sont, pendant la durée de leur peine, en état d'interdiction légale, ou encore l'*incapacité de la femme mariée* ou du *prodigue.* Ces personnes sont, en fait, aussi capables d'agir après leur condamnation ou leur mariage qu'elles l'étaient auparavant. Leur incapacité a donc une *cause purement juridique* : un mariage ou une sentence judiciaire. Il est d'autres incapables (et c'est surtout à ceux-ci qu'on songe quand on parle des incapables sans préciser) dont l'incapacité est *réelle* : tels sont les *mineurs* et les *fous.* Le défaut d'âge, l'affaiblissement ou la perte des facultés intellectuelles sont des *causes physiques d'incapacité* ; la loi se borne à les constater et à en déterminer l'étendue. Les législations anciennes admettaient une troisième cause physique d'incapacité : la faiblesse du *sexe féminin.* Mais cette incapacité a presque entièrement disparu (ci-dessous, n° 1625).

1614. Renvoi. — Nous ne dirons rien ici de la *folie*, ni de la *faiblesse d'esprit*, ni de la *prodigalité*, considérées comme causes d'incapacité. Leur étude est inséparable des diverses procédures organisées pour les constater et pour arriver au jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil. Sur ces procédures, voyez ci-dessous, n°s 2010 et suiv., et n°s 2089 et suiv. Nous ne dirons rien non plus des déchéances et incapacités qui atteignent les personnes frappées de condamnations criminelles ; ce sont des matières qui rentrent dans le

cours de droit pénal. Au contraire, la minorité et le sexe féminin demandent quelques explications qui ne trouveraient pas leur place ailleurs.

1° De la minorité.

***1615. Systèmes variables sur sa durée.** — L'incapacité des mineurs est dans l'ordre naturel des choses et n'a pas besoin d'être justifiée : l'enfant n'a ni l'expérience ni l'intelligence nécessaires pour se conduire seul dans la vie. Mais l'incapacité des mineurs soulève une question législative sans cesse agitée et reprise : c'est la *fixation de sa durée.* A quel moment l'infériorité juridique de l'enfant doit-elle cesser? Les anciennes majorités étaient très précoces, parce que l'on se déterminait d'après le phénomène naturel de la puberté. Elles ont varié, en fait, de 11 à 15 ans. Les institutions féodales retardèrent l'âge de la capacité jusqu'à 20 ans pour les nobles, à raison du service d'armes exigé des possesseurs de fiefs. Cette règle du droit féodal est empruntée au même ordre d'idées : on ne considérait que la *force physique* pour déterminer l'âge de la capacité.

A côté de ce procédé tout matériel, il en existe un autre qui consiste à se régler sur la *maturité de l'esprit.* Au moment où la puberté se produit, l'homme et la femme sont encore loin de posséder les qualités nécessaires pour administrer sérieusement un patrimoine. Cela est encore vrai chez nous, quoique la puberté légale ait été reculée jusqu'à 15 et 18 ans, selon les sexes (art. 144) ; cela l'était bien davantage chez les Romains où l'homme était pubère à 14 ans et la femme à 12. Aussi est-ce dans le droit romain qu'on vit apparaître un système nouveau. On imagina de *prolonger la période d'incapacité au delà de la puberté*, et on retarda l'âge de la capacité jusqu'à 25 ans. On eut ainsi une seconde période, celle de la *minorité* proprement dite, faisant suite à l'impuberté.

En France, malgré la diversité des coutumes, l'influence du droit romain se fit largement sentir, surtout à partir du XVIIe siècle. Il était en général admis que *la pleine capacité civile n'était atteinte qu'à* 25 *ans* (*Arrêtés de M. le P. P. de Lamoignon*, 1702, 2e partie, p. 9). Mais il y eut toujours des exceptions : toute personne, *née* en Normandie, était réputée majeure à 20 ans accomplis (*Placitez* du Parlement de Rouen, de 1666, art. 38).

La Révolution, toujours favorable aux jeunes générations, *abaissa l'âge de la majorité à* 21 *ans* (L. 20 septembre 1792). Le Code a conservé le même chiffre ; l'art. 388 définit le mineur : « l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint 21 ans accomplis », et comme corollaire, l'art. 488 fixe la majorité à 21 ans. Par suite, à cet âge, l'homme et la femme deviennent capables de faire tous les actes de la vie civile, sauf, pour la femme, l'effet du mariage qui la rend incapable.

1616. Mode de calcul. — Comment compte-t-on les 21 ans? D'après l'opi-

nion générale, la majorité ne se compose pas d'un nombre déterminé de *jours civils*, s'écoulant de minuit à minuit, et qui se compteraient abstraction faite du jour de la naissance. L'*âge doit se calculer par heures* à partir du moment de la naissance. Ce moment est indiqué dans l'acte de l'état civil. Par conséquent, un enfant né le 1er février 1876, à six heures du matin, a atteint sa majorité le 1er février 1897 à la même heure, et il a pu signer valablement un acte dans la journée.

1617. Limites de l'incapacité des mineurs. — L'incapacité personnelle du mineur *n'a pas le caractère absolu* que semble lui attribuer la nature physique des raisons qui l'ont fait établir. Le droit civil admet qu'un mineur peut faire seul valablement certains actes, savoir :

1° Les *mesures conservatoires*. On appelle ainsi des formalités qui ne peuvent avoir qu'un effet utile et n'engagent aucune dépense sérieuse. Telles sont : l'inscription d'une hypothèque (1) ; la transcription d'un acte translatif de propriété ; l'apposition des scellés ; l'interruption d'une prescription ;

2° Le *testament*. Le mineur peut tester à partir de 16 ans accomplis, mais seulement pour la moitié de ses biens (art. 904) ;

3° Une *reconnaissance d'enfant naturel* ;

4° Un *engagement militaire*, à partir de 20 ans (ci-dessous, n° 1619) ;

5° Des *dépôts* et des *retraits* dans les *caisses d'épargne*, à partir de 16 ans accomplis, sauf opposition de la part du père ou du tuteur (L. 9 avril 1881, créant la caise d'épargne postale, art. 6 ; L. 20 juillet 1895, art. 16) ;

6° Diverses lois spéciales ont autorisé les mineurs à plaider, soit seuls, soit avec une autorisation du juge de paix, dans les litiges concernant l'exercice de leur profession (L. 24 décembre 1896, sur l'inscription maritime, art. 51 ; L. 12 juillet 1905, sur les juges de paix, art. 5 et art. 16, al. 2, combinés ; L. 28 mars 1907, sur les conseils de prud'hommes, art. 37).

7° Enfin, quand l'acte est *illicite* (délits et quasi-délits), il est obligé à réparer le dommage causé, comme s'il était majeur (art. 1310).

1618. La majorité à l'étranger. — Les Codes étrangers tendent à se rapprocher du système français. Le Code *néerlandais* (art. 385) et le Code *espagnol* (art. 320) ont fixé la majorité à 23 ans, ce qui peut être considéré comme une transaction entre la majorité antique et la majorité française. En *Italie* (C. civ., art. 323), en *Roumanie* (C. civ., art. 342 et 343) et en *Allemagne* (C. civ., art. 25) la majorité est fixée à 21 ans, comme en France.

1619. Majorités spéciales. — L'âge de 21 ans détermine la *capacité juridique en matière civile*. C'est la majorité de droit commun, celle qui rend valables les actes de toute nature faits par une personne. Mais il existe d'autres limites d'âge qui rendent possibles différents actes : d'abord la *puberté*, qui permet de se marier (art. 144) ; la *majorité pénale*

(1) Il a cependant été jugé, dans des circonstances exceptionnelles, que l'inscription d'une hypothèque n'est pas une mesure conservatoire (Cass., 4 mars 1902, D. 1902. 1. 214, S. 1902. 1. 161). Cela prouve seulement que la notion des *actes conservatoires* est variable et dépend des circonstances, de même qu'une notion voisine : celle des *actes d'administration*. Sur ces derniers, voyez ci-dessous, nos 2338 et 2339.

qui arrive à 18 ans (art. 66-67 C. pén. modifiés en 1906) ; l'âge de 20 ans permet de contracter *seul un engagement militaire* (L. 21 mars 1905, art. 50-6°) ; l'âge d'admission au *travail industriel*, fixé à 13 ans révolus par la loi du 2 novembre 1892.

2° Du sexe féminin.

***1620. Incapacité primitive des femmes à raison de leur sexe.** — Dans les législations anciennes, dans *le vieux droit romain*, par exemple, la femme est *incapable toute sa vie* : on la considère comme ayant toujours besoin d'être protégée à l'égal d'un enfant, et elle est soumise à une *tutelle perpétuelle*. Il en est à peu près de même dans l'*ancien droit germanique*, où la femme est protégée par ses parents, tant qu'elle reste fille, et ensuite par son mari : la femme germaine est donc, comme la femme romaine, soumise à une espèce de tutelle perpétuelle, le *mundium*, qui appartient d'abord au père ou à ses héritiers, puis au mari.

La tutelle perpétuelle des femmes disparut peu à peu, soit dans le droit romain, pendant la durée de l'Empire, soit dans le droit germanique, après l'invasion de la Gaule.

1621. Incapacité Velléienne. — A côté et en dehors de la tutelle, le droit romain avait organisé une autre incapacité particulière aux femmes, dont les traces, affaiblies et déformées, ont persisté dans l'ancien droit français jusqu'à la Révolution. Cette incapacité a pour origine des édits d'Auguste et de Claude qui avaient défendu aux femmes mariées de s'obliger pour leurs maris (Ulpien, *Dig.*, tit. I, fr. 2, pr.). La jurisprudence avait étendu cette prohibition a tout engagement de la femme constituant une *intercessio* au profit d'autrui, et cette extension fut confirmée par le sénatus-consulte Velléien, rendu sous le règne de Claude, probablement en l'an 46 ap. J.-C. L'engagement de la femme, lorsqu'il constituait une *intercessio*, n'était pas nul de plein droit ; mais elle pouvait repousser l'action du créancier au moyen d'une exception particulière, appelée *exceptio S.-C. Velleiani*. Sous Justinien on admit que la femme pouvait renoncer, sous certaines conditions, au bénéfice du Velléien, et dès lors intercéder valablement pour tout le monde, excepté pour son mari.

C'est en cet état que l'incapacité Velléienne passa dans notre ancien droit ; elle y souleva d'innombrables difficultés. Pour y mettre un terme, un édit d'août 1606 supprima l'incapacité Velléienne des femmes, déclara que leurs obligations ne pourraient plus être annulées pour cette cause et défendit aux notaires d'insérer à l'avenir dans leurs actes la formule de renonciation au sénatus-consulte. Cet édit fut étendu en 1683 à la Bretagne et en 1703 à la Franche-Comté. Néanmoins dans le Midi de la France, les femmes continuèrent à invoquer le sénatus-consulte malgré son abrogation, et, jusqu'à la fin de l'ancien régime, elles obtinrent l'annulation de leurs engagements au moyen de *lettres royaux* (Julien, *Éléments de jurisprudence*, Aix, 1785, p. 370-371 ; A. Desjardins, *Revue critique*, t. XXX, p. 151 ; P. Gide, *Condition de la femme*, édit. Esmein, p. 191-195). L'édit de 1606 fut donc très mal observé et c'est seulement l'art. 1125 C. civ. qui a définitivement supprimé le souvenir du S.-C. Velléien en disant que les femmes « ne peuvent attaquer leurs engagements que dans les cas spécifiés par la loi ». Or nulle part il n'est fait mention à leur sujet d'une incapacité spéciale les empêchant de s'obliger pour autrui.

1622. Forme moderne de l'incapacité des femmes. — L'incapacité dont la femme était frappée à raison de son sexe a donc disparu peu à peu. Elle se comprenait dans une société demi-barbare, qui ne vivait que par la guerre ; la civilisation l'a fait disparaître par le développement naturel des

institutions civiles. Dans le droit moderne, *la femme n'est plus incapable à raison de son sexe* : elle possède la même capacité que l'homme tant qu'elle reste fille ou veuve ; elle ne devient incapable que *par l'effet du mariage*, en tant que femme mariée. Son incapacité est alors fondée sur la situation particulière dans laquelle elle se trouve, et sur la nécessité de donner un chef au ménage ; l'incapacité de la femme est l'effet nécessaire de l'autorité maritale. C'est un point que les avocats de l'émancipation des femmes oublient trop souvent : ils confondent les deux espèces d'incapacité et s'imaginent volontiers que la femme est encore incapable à cause de son sexe, comme au temps de la République romaine. Ils ne tiennent pas compte non plus de ce fait que la capacité des femmes mariées peut être augmentée par les conventions matrimoniales.

1623. Débris actuels du système primitif. — L'incapacité des femmes à raison de leur sexe a cependant laissé quelques traces dans notre droit moderne. On peut citer comme telles, en droit civil, les dispositions des art. 381 et 391 C. civ. ; en droit commercial, celle de l'art. 113 C. com.

L'art. 381 C. civ. n'accorde à la *mère survivante* qu'un droit de correction limité sur la personne de ses enfants, et il la place sous la surveillance de deux parents paternels. L'art. 391 permet au mari, en prévision du cas où il mourrait avant sa femme, de subordonner à l'agrément d'un tiers choisi par lui l'exercice des pouvoirs que la femme survivante possédera comme tutrice.

D'après l'art. 113 C. com., la lettre de change, signée par une femme qui n'est pas commerçante, ne produit pas ses effets ordinaires ; elle vaut seulement, dit la loi, *comme simple promesse*, mais le sens de cette formule n'est pas sûrement déterminé. Voyez Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, nos 490-498.

1624. Infériorité des femmes en droit public. — Ce qui vient d'être dit ne concerne que le droit privé et les questions de capacité proprement dites. En droit public, l'infériorité des femmes est resté à peu près entière. Elles sont privées de presque tous les droits ayant un caractère politique. Elles ne sont ni *électeurs* ni éligibles ; elles ne peuvent pas être *fonctionnaires publics*, enfin presque toutes les professions qui touchent à l'administration de la justice leur sont interdites ; elles ne peuvent même remplir les missions toutes temporaires du juré et de l'expert. Sur l'infériorité légale des femmes et sur le mouvement féministe, voir Ch. Turgeon, *Le féminisme français*, 1901, 2 vol., 2e édition, 1906, et les autres ouvrages indiqués ci-dessus, no 925 et dans le t. III, no 1045-2o.

1625. Réformes récentes. — Diverses lois sont venues accorder aux femmes des droits importants qui leur étaient refusés jusqu'alors.

1o Les femmes sont devenues capables d'être *témoins dans les actes*, soit pour les actes de l'état civil, soit pour les actes notariés (L. 7 décembre 1897, modifiant les art. 37 et 980 C. civ. et les art. 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat). Une femme peut donc maintenant servir de témoin dans un mariage à la mairie.

2o Une loi du 23 janvier 1898 a donné aux femmes commerçantes le droit de prendre part à l'élection des juges des tribunaux de commerce.

3o L'accès du barreau était jadis interdit aux femmes, du moins en fait, par l'opposition constante du Conseil de l'ordre (Cass. Belgique, 11 nov. 1889, D. 90. 2. 8 et la note de M. Glasson sous l'arrêt attaqué, Bruxelles, 12 déc. 1888, D. 89. 2. 33.). Une proposition autorisant les femmes à exercer la profession d'avocat fut déposée en 1897 et devint la loi du 1er décembre 1900 (*Journal officiel* du 4).

4o La loi du 2 juillet 1907 a permis aux femmes d'exercer la tutelle des enfants naturels.

§ 2. — *Des diverses formes de protection des incapables.*

1626. Distinction. — Il faut distinguer deux choses : 1° Les *moyens d'agir*, qu'on doit employer pour faire *valablement* les actes intéressant les incapables ; 2° La *nullité* qui atteint les actes faits par l'incapable *agissant seul ou sans les formes déterminées par la loi.* Le premier moyen est la *forme directe* de la protection des incapables ; le second est une protection indirecte, qui sert de *sanction* à la première.

A. — Moyens d'agir pour les incapables.

1627. Situations différentes des incapables. — La forme de la protection employée pour les incapables dépend de l'étendue de leur incapacité. Or cette incapacité est plus ou moins grande : elle peut exister à *deux degrés différents.* Certaines personnes sont frappées d'une incapacité telle qu'elles ne peuvent rien faire par elles-mêmes. Elles sont *totalement privées de la faculté d'agir juridiquement.* Il est donc nécessaire que les actes qui les intéressent soient faits en leur nom, par une personne capable qui les *représentera*, sans qu'elles soient appelées à y prendre part. Sont dans cette situation : 1° les *mineurs de* 21 *ans non émancipés* ; 2° les *aliénés interdits* ou *internés* ; 3° les *condamnés en état d'interdiction légale.*

Pour d'autres personnes l'incapacité est moins profonde. Il y a des incapables *qui peuvent comprendre dans une certaine mesure la portée de leurs actes.* Ceux-ci n'ont pas besoin d'être « représentés » par une autre personne. Ils peuvent agir par eux-mêmes, et ont seulement besoin d'être *autorisés* par quelqu'un qui les *assiste* ou les surveille. Tels sont les *mineurs émancipés*, les *femmes mariées*, les *prodigues* et les *faibles d'esprit.*

***1628. Deux formes de protection : tutelle et curatelle.** — Le représentant des incapables de la première catégorie s'appelle *tuteur* ou *administrateur.* La *tutelle des mineurs* est le type de la forme adoptée pour protéger les incapables qui ont besoin d'être représentés.

La personne chargée d'*autoriser* les actes passés par les incapables de la seconde catégorie s'appelle *curateur* ou *conseil.* Le curateur n'administre pas et n'agit pas lui-même ; tout son rôle se borne à donner ou à refuser son consentement aux différents actes accomplis par l'incapable.

1629. Système allemand. — La protection des incapables est organisée en Allemagne sur des bases sensiblement différentes de celles qui ont été adoptées en France. Outre les différences de détail dans l'organisation de la tutelle et de la puissance paternelle, on remarque que la tutelle est *appliquée à des cas où nous ne l'employons pas.* Ainsi, aux *mineurs* et aux *aliénés* qui sont mis en tutelle comme chez nous, le Code allemand ajoute les *prodigues* et les *faibles d'esprit*, qui chez nous sont simplement pourvus d'un *tuteur.* On applique même la même mesure à celui qui par son *ivrognerie* se rend incapable de gérer ses affaires, expose sa famille à tomber dans l'indigence ou compromet la sûreté d'autrui (art. 6 C. civ. all.). Mais voyez sur ce dernier point la jurisprudence française indiquée ci-dessous, n° 2111.

Quant à la *curatelle*, le Code allemand l'emploie à un autre usage. Voyez les art. 1909 à 1914.

B. — Nullités sanctionnant les incapacités.

****1630. Nullité absolue résultant de l'interdiction légale.** — Il faut d'abord mettre à part l'incapacité des *condamnés à une peine afflictive e infamante* qui sont en état d'interdiction légale (art. 29 C. pén. et L. 31 mai 1854, art. 2). Celle-ci, qui appartient bien plus au droit pénal qu'au droit civil, n'est pas établie dans l'intérêt du condamné ; c'est la société qu'on protège contre lui, et son incapacité a tous les caractères d'une déchéance. Il en résulte que les actes passés par un condamné en état d'interdiction légale sont frappés d'une *nullité absolue*, dont toute personne intéressée peut se prévaloir et qu'aucun acte de confirmation du condamné ne peut faire disparaître (ci-dessus, nº 339).

***1631. Annulabilité résultant des incapacités de protection.** — Les autres incapacités ont toutes le caractère d'une mesure de protection pour une personne, et par conséquent elles n'engendrent qu'une *simple annulabilité*. La nullité est *relative* ; l'action n'appartient qu'à la personne protégée, qui peut valider l'acte en le *confirmant*, c'est-à-dire en renonçant à son action en nullité (ci-dessus, nº 343).

****1632. A qui appartient l'action en nullité.** — Ordinairement la personne protégée par la loi et munie de l'action en nullité n'est autre que l'incapable lui-même, et lui seul possède le droit d'attaquer l'acte. L'action est exercée soit par lui, soit par son représentant (tuteur ou administrateur). C'est la règle générale. Dans deux cas seulement, il y a exception :

1º *Pour les actes de la femme mariée.* L'incapacité de la femme mariée n'est pas une simple mesure de protection pour elle, puisque chez les peuples modernes la femme n'est pas considérée comme incapable à raison de son sexe. Si la loi déclare la femme incapable, c'est pour faire respecter le droit de puissance qu'on accorde sur elle au mari sous le nom d' « autorité maritale ». C'est donc le mari qu'on protège en empêchant la femme d'agir sans son consentement. Par conséquent, l'action en nullité est ouverte au mari. Logiquement le mari seul devrait avoir le droit de faire annuler les actes de sa femme passés sans son autorisation. Mais la loi, infidèle au principe moderne et dominée encore par les souvenirs du droit germanique qui faisait du sexe féminin une cause d'incapacité, accorde également l'action en nullité à la femme (art. 225). C'est un système mixte, qui ne se justifie pas au point de vue rationnel ; il n'a qu'une explication historique.

2º *Pour le mariage contracté par un mineur sans le consentement des ascendants* (art. 182). L'action en nullité appartient dans ce cas non seulement au mineur qui avait besoin du consentement de ses parents, mais aussi à ceux dont le consentement était requis. Le motif est à peu près le même pour la femme mariée : l'ascendant, muni de l'action en nullité, fait respecter sa puissance paternelle, comme le mari fait respecter sa puissance maritale.

****1633. Condition générale du succès de l'action.** — En règle générale, il n'y a qu'*une condition unique* pour obtenir l'annulation de l'acte fait par un incapable : il faut démontrer que cet acte a été fait *par l'incapable*

agissant seul, sans être ni assisté ni représenté par son protecteur légal (1). Cette condition est tout à la fois *nécessaire* et *suffisante*.

1° Elle est *nécessaire*, car il ne pourrait pas être question de nullité si l'acte avait été fait par l'incapable avec toutes les formalités requises. Ces formalités sont organisées par la loi pour habiliter l'incapable, c'est-à-dire pour le rendre apte à faire des actes juridiques valables en effaçant son incapacité. Le but de la loi serait manqué, et ces formalités seraient vaines, si, même en s'y conformant, on restait exposé à une action en nullité.

2° Elle est *suffisante* : la seule constatation de cette circonstance que l'acte a été fait *par un incapable non représenté ou non assisté par son protecteur légal* entraîne la nullité. On peut dire alors que la nullité est « de droit », selon l'expression dont se sert l'art. 502 à propos des actes de l'aliéné interdit ; ce qui signifie que l'annulation doit être prononcée par le tribunal *sur la seule preuve de l'incapacité de l'auteur de l'acte.*

***1634. Condition supplémentaire exigée des mineurs.** — A cette règle il existe une *exception unique*, mais considérable par sa portée : elle concerne les *mineurs*. La simple circonstance qu'un acte a été passé par un mineur agissant seul ne suffit pas pour le faire annuler. Il faut, en outre, *que le mineur ait éprouvé une lésion.* Voyez les art. 1305 et 1306, qui parlent de la lésion comme « cause de restitution » pour les mineurs, et comparez avec le langage de l'art. 225, qui dit à propos des femmes mariées : « La nullité *fondée sur le défaut d'autorisation...* » C'est donc l'incapacité seule dans un cas et la lésion dans l'autre qui ouvrent l'action. Cette condition de lésion est caractéristique de l'incapacité des mineurs ; elle ne se retrouve dans aucune autre. La règle propre aux mineurs s'exprime par l'adage latin : « Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus. » Il ne suffit donc pas au mineur de prouver son incapacité ; il faut, en outre, qu'il établisse le préjudice que l'acte lui a causé (2).

(1) Je suppose l'acte fait *par l'incapable.* La question de nullité pourrait aussi se présenter pour un acte fait *par le représentant d'un incapable*, c'est-à-dire par le tuteur. Mais alors ce ne serait plus *une question de capacité* qui se poserait, ce serait *une question de pouvoir.* Celle-ci sera examinée plus loin à propos de la tutelle et de la gestion du tuteur, et on la retrouvera à nouveau dans le t. II à propos de l'art. 1311.

(2) Cependant certains actes ne sont pas seulement « sujets à restitution (pour lésion) » ; ils sont en outre « nuls en la forme » (voyez cette distinction écrite dans l'art. 1311), ce qui suppose que le mineur pourra en obtenir la nullité *sans être obligé de prouver qu'il a été lésé.* Mais ceci ne pourra être expliqué à fond qu'après que les règles de la tutelle et les formalités requises pour les actes les plus importants auront été exposées (voyez t. II, *Tables*, v° Mineur).

II. — La puissance paternelle.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

1635. Bibliographie. — Leloir, *Code de la puissance paternelle*, 1892, 2 vol. — Nourrisson, *Étude critique sur la puissance paternelle et ses limites*, Paris, 1898. — Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, 1898. — Maurice Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'État*, thèse, Paris, 1902. — Voyez aussi ci-dessous, nº 1731.

** **1636. Définition.** — La puissance paternelle est l'*ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents.*

Il ne faut pas perdre de vue que ces droits et ces pouvoirs ne sont accordés aux parents que comme conséquence des lourds devoirs qu'ils ont à remplir : il n'y a une *puissance* paternelle, que parce qu'il y a des *obligations* nombreuses à la charge des père et mère, obligations qui se résument toutes dans un seul mot, l'éducation de l'enfant.

Observation. — L'expression « puissance paternelle » n'a jamais été juste en droit français, et elle l'est aujourd'hui moins que jamais. Ce qui appartient aux parents est moins une *puissance*, « potestas », qu'une *tutelle*, c'est-à-dire une charge. De plus, cette puissance n'appartient pas seulement au père comme la « patria potestas » romaine ; la mère la possède également et l'exerce à défaut du père.

§ 1. — *Ancien droit.*

A. — Pays de droit écrit.

***1637. Conservation de la puissance paternelle romaine.** — Dans le Midi on avait conservé, au moins avec son esprit général, l'ancienne « patria potestas » du droit romain. Sans doute les constitutions des empereurs, et plus tard la jurisprudence des Parlements l'avaient beaucoup amoindrie, et les mœurs en avaient encore atténué la rigueur ; mais les règles primitives avaient subsisté sur quelques points essentiels :

1º *La puissance paternelle n'appartenait jamais à la mère* ;

2º *Elle se prolongeait indéfiniment*, quel que fût l'âge du fils ;

3º *Le fils ne pouvait pas*, en principe, *acquérir pour son compte* ; en dehors des pécules, tout appartenait au père, et celui-ci avait même la jouissance des biens dont son fils avait la propriété ;

4º *Le fils était incapable d'emprunter* (sénatus-consulte macédonien) *et de tester.*

Le tempérament le plus remarquable qu'on y avait apporté était la multiplication des *émancipations taisibles*, notamment par mariage, qui libéraient la plupart des enfants de famille de la sujétion paternelle. Malgré le temps écoulé, malgré les réformes opérées, l'esprit de l'institution n'avait guère changé : c'était encore une sorte de *pouvoir domestique* établi plutôt dans l'intérêt du père que dans celui de l'enfant.

B. — Pays de coutume.

***1638. Caractères temporaire et familial de la puissance paternelle.** — Les provinces coutumières avaient des traditions bien différentes : l'idée d'une *protection due à*

l'enfant y dominait l'organisation de la puissance paternelle. La *mère* en était investie en même temps que le père, et surtout cette puissance était *essentiellement temporaire* ; elle cessait de bonne heure (1). Ces différences étaient si considérables qu'elles frappaient l'esprit de tout le monde ; aussi tenait-on comme une maxime que « droit de puissance paternelle n'a lieu » (Loysel. *Institutes coutumières*, nº 55). Ceci ne voulait point dire que les parents n'eussent aucun pouvoir sur la personne et sur les biens de leurs enfants, mais bien que la puissance paternelle admise dans le Nord de la France n'était pas la « patria potestas » du droit romain (2).

Un autre caractère encore séparait les deux moitiés de la France : le pouvoir des parents avait gardé dans le Nord un aspect tout familial et de pur fait ; il ne faisait point l'objet de règles juridiques, comme la puissance paternelle romaine. Les coutumes ne s'en occupaient guère ; tout dépendait des mœurs. A peine trouve-t-on à partir du XVIe siècle quelques textes d'ordonnances s'opposant au mariage des enfants ou à leur entrée en religion sans le consentement de leurs parents.

Par une suite naturelle de ce caractère extra-juridique de la puissance paternelle coutumière, elle ne tient qu'une place infime dans les œuvres des anciens jurisconsultes (3) ; Pothier ne lui consacre que cinq pages (*Traité des personnes*, nº 129-142), et cela explique l'insuffisance des dispositions du Code lui-même.

1639. Influence romaine dans quelques coutumes. — Cependant, grâce à la variété constante du droit coutumier, on trouve un certain nombre de coutumes qui font exception et qui avaient emprunté au droit romain des parties plus ou moins considérables de son système. Ceci est surtout sensible en Poitou et en Bretagne : la description de la puissance paternelle, faite dans les vieux coutumiers de ces provinces, y porte la marque romaine à tel point qu'on se croirait en pays de droit écrit.

§ 2. — *Droit moderne.*

1640. Réforme opérée par l'Assemblée législative. — Sous la Révolution, la puissance paternelle ne fut pas abolie, comme on le dit souvent. L'Assemblée législative décréta simplement qu'elle ne s'étendrait plus sur les majeurs, et que les mineurs y seraient seuls soumis (Décr. 28 août 1792). En supprimant la persistance illimitée du droit du père, l'Assemblée ne fit guère que consacrer le résultat auquel notre ancien droit était à peu près parvenu avec le développement des émancipations taisibles. La réforme n'est donc pas si grave, et Lamoignon lui-même l'avait appelée de ses vœux (*Arrestez*, 1702, Part. I, p. 7 ; Part. II, p. 5). C'est donc à tort qu'on s'est lamenté sur l'écroulement de cette « royauté domestique » suivant, à quelques jours de distance, celui de la monarchie française.

1641. Discussion en 1804. — Lors de la rédaction du Code civil, la lutte se ranima entre les idées du Midi et celles du Nord, et elle s'engagea au Conseil d'État sous la forme d'une question de mots : Malleville voulait conserver le mot de *puissance*, tandis que Berlier préférait celui d'*autorité*. L'un et l'autre ont obtenu gain de cause ; le titre IX est intitulé : *De la puissance paternelle*, tandis que l'art. 372, le seul qui établisse le principe, ne parle plus

(1) L'extinction de la puissance du père par l'arrivée d'une *majorité émancipatrice* inconnue des Romains, était au contraire familière aux races germaniques. On cite souvent à ce propos les paroles de Théodoric rapportées par Cassiodore : « Les aigles cessent de donner la nourriture à leurs petits sitôt que leurs plumes et leurs ongles sont formés. »

(2) Les anciens eux-mêmes (Gaïus) avaient remarqué que la puissance paternelle était une institution propre aux Romains qui ne se retrouvait pas chez les autres peuples, si ce n'est chez les Galates.

(3) Accurse, qui vivait vers 1200, constate que de son temps la puissance paternelle était presque supprimée en France : « Aliæ vero gentes quædam ut servos tenent filios, velut Sclavi ; aliæ ut prorsus absolutos, ut Francigenæ » (sur le titre des *Institutes* « De patria potestate », ch. XVIII, nº 105). — Dans une traduction française des *Institutes*, faite en 1292, on a omis tout le titre « De patria potestate » (d'après l'annotateur de Loysel, édit. Laboulaye, t. I, p. 82).

que d'*autorité*. Au fond l'avantage est resté aux traditions coutumières et les règles du Code ne sont guère autre chose que celles qu'avait exposées Pothier dans son *Traité des personnes* (tit. VI, sect. 2).

1642. L'opinion depuis le Code civil. — Après la promulgation du Code il s'est produit plus d'une tentative de réaction en faveur de la puissance paternelle. Signalons surtout l'*Essai sur la puissance paternelle*, de CHRESTIEN DE POLY (Paris, 1820, 2 vol. in-8°) et les efforts prolongés de LE PLAY pour créer un courant d'opinion (voyez surtout *La liberté de tester*). Ce dernier a réussi à fonder une école dont l'ardeur n'a pas diminué (voyez la thèse de M. PLANTEAU DU MAROUSSEM, Paris, 1887). Mais n'y a-t-il pas « une inexpérience enfantine à vouloir faire artificiellement le passé » et n'est-ce pas méconnaître « la force irrésistible des phénomènes historiques »? (VIOLLET, *Précis*, p. 446).

1643. Lois nouvelles. — Depuis 1851 notre droit s'est enrichi d'un certain nombre de lois nouvelles, toutes « imprégnées d'une foi profonde dans le droit de l'enfant » : L. 28 mai 1851 sur le contrat d'apprentissage ; L. 19 mai 1874 sur le travail des enfants dans l'industrie ; L. 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes ; L. 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge ; L. 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire ; L. 30 octobre 1886 sur l'instruction laïque ; L. 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés ; L. 2 novembre 1892, remplaçant celle de 1874, sur le travail des enfants ; L. 19-21 avril 1898 sur la répression des voies de fait et attentats commis contre les enfants ; L. 2 juillet 1907, sur la protection des enfants naturels. Et encore dans cette liste ne sont pas compris les nombreux textes d'ordre purement administratif, décrets et lois, qui ont organisé le service des enfants assistés.

1644. Du droit au respect. — Les rédacteurs de la loi ont placé en vedette, en tête du titre « De la puissance paternelle », un art. 371 aux termes duquel l'enfant *à tout âge* doit honneur et respect à ses ascendants. Cet article n'est qu'un *précepte de morale*, qui a eu pour but simplement de rappeler que la suppression de la puissance paternelle à partir de la majorité de l'enfant ne déliait pas celui-ci de ses devoirs envers ses parents ; les mots importants de l'article sont donc ceux-ci : « à tout âge ». Il n'en résulte *aucune conséquence juridique* : on n'empêche pas l'enfant d'intenter contre ses parents une action déshonorante, de les accuser de vol, par exemple. On ne l'empêche pas non plus, quand il est leur créancier, d'user de ses droits contre eux avec la dernière rigueur, de faire saisir et vendre tous leurs biens. Voyez toutefois ci-dessous, n° 1653.

CHAPITRE II

PERSONNES INVESTIES DE LA PUISSANCE PATERNELLE

§ 1. — *Puissance paternelle des père et mère.*

A. — Parents légitimes.

****1645. Prépondérance du père pendant le mariage.** — L'art. 272 attribue la puissance paternelle conjointement au père et à la mère : « L'enfant reste sous *leur* autorité... » Mais cette attribution est à peu près nominale en ce qui concerne la mère, tant que dure le mariage. En effet cette puissance, bien que commune aux deux parents, est *déléguée d'une manière*

exclusive au père : « Le père *seul* exerce cette autorité pendant le mariage » (art. 373). Cette prépondérance du père était nécessaire : il fallait faire trancher les questions quotidiennes qui s'élèvent par une autorité capable de décider vite ; le père seul remplissait cette condition, car on ne pouvait songer à donner la prépondérance à la mère. Dès lors que devient la puissance paternelle de celle-ci? Qu'est-ce qu'une autorité qu'on n'a pas le droit d'exercer, sinon un vain titre? Tant que le père est vivant et capable d'agir, le droit de la mère sommeille pour ainsi dire (1). C'est à peine si elle trouvera l'occasion de s'en servir pour consentir au mariage de ses enfants, et même son opposition n'empêcherait pas le mariage, car l'avis du père l'emporte. — Pour l'effet que produit le divorce sur la puissance paternelle, voyez ci-dessus, nos 1275 et suiv.

***1646. Dérogations conventionnelles à la prépondérance du père.** — L'exercice exclusif de la puissance paternelle accordé au père ne peut lui être enlevé par un arrangement particulier entre les époux. Toute convention qui aurait pour but ou pour résultat de dépouiller le père de sa puissance pour la transférer à la mère serait *nulle* comme contraire à l'ordre public (art. 6 et 1388). Or il arrive assez fréquemment, quand un mariage se fait entre personnes appartenant à des religions différentes, que la femme demande que les enfants soient élevés dans sa religion et non dans celle du mari, et on fait même de cette convention l'objet d'une clause du contrat de mariage. Il est admis que cette convention n'est pas civilement obligatoire, et que la femme n'a aucun moyen pour la faire respecter (Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, no 113 et les ouvrages cités à la note). Solution regrettable : le père n'a pas *aliéné* sa puissance, il ne l'a pas davantage *abdiquée* ; il en a *usé* en déterminant quelle sera la religion des enfants. Le contrat de mariage est la charte de la famille, et on ne voit pas quel avantage il y aurait à autoriser la violation de cette sorte d'engagements. La stabilité de ces conventions est désirable, c'est le seul moyen de maintenir la concorde dans les mariages mixtes, et l'art. 1388 n'est pas violé, puisque la décision est prise par le mari et non par la femme. Il est vrai que cette convention est faite *d'avance* et non au moment même où elle doit recevoir son exécution ; mais elle trouve sa place toute naturelle dans un acte qui est justement destiné à régler d'avance la loi sous laquelle la famille va vivre.

****1647. Dévolution de la puissance paternelle à la mère.** — C'est seulement *à défaut du père* que la mère obtient l'exercice de la puissance paternelle, qui devient ainsi entre ses mains une puissance *maternelle*. Les cas dans lesquels se produit ce déplacement de la puissance sur l'enfant sont les suivants :

1o *Le père est mort.* — En ce cas la mère prend en main le libre exercice de la puissance paternelle, qui appartient à elle seule désormais.

2o *Le père est déchu.* — La déchéance du père produisait autrefois le même effet que son décès. Mais la loi du 24 juillet 1889, qui a multiplié les causes de déchéance, a réservé aux juges le droit de décider si l'exercice

(1) Le seul cas où cette prépondérance n'est plus accordée au père se présente lors de l'adoption de l'enfant par un tiers ; le consentement de la mère est aussi nécessaire que celui du père. Mais ceci suppose que l'enfant se donne en adoption avant 25 ans, et les adoptions sont rares. Combien y a-t-il en France de mères qui aient eu à exercer un droit aussi exceptionnel?

de la puissance paternelle doit être attribué à la mère (art. 9). La mère ne profite donc plus nécessairement de la déchéance du père ; et, si le tribunal le juge à propos, il y aura lieu, non pas à la dévolution de la puissance paternelle, mais à l'organisation de la tutelle.

3° *Le père est hors d'état d'exercer ses droits.* — Ceci peut arriver par suite de *folie* ou d'*absence*. La loi n'a prévu que ce dernier cas.

Elle décide dans l'art. 141 que la « surveillance » des enfants mineurs passe à la mère et que celle-ci exerce « tous les droits du mari ». Remarquez qu'alors la mère agit moins en son nom propre qu'au nom de son mari aliéné ou absent, et en vertu d'une sorte de *délégation*.

B. — Parents naturels.

***1648. État de la question avant 1907.** — Le Code Napoléon ne s'était occupé de la puissance paternelle que dans l'hypothèse du mariage, et, telle qu'il l'avait organisée, cette puissance semblait faite pour les parents légitimes. On ne concevait cependant aucun doute sur l'existence de la puissance paternelle au profit des parents naturels quand ils étaient légalement connus. Le Code le disait lui-même en accordant, par l'art. 383, aux parents naturels certains droits compris dans la puissance paternelle des parents légitimes. On était à peu près d'accord pour reconnaître au père naturel la même prépondérance qu'au père légitime. En effet, jusqu'à la loi du 10 mars 1913, l'art. 158 étendait aux parents naturels les dispositions des art. 148 et 149, qui établissent cette prépondérance pour l'acte le plus important, le mariage des enfants. Toutefois, on refusait aux parents naturels deux des attributs les plus considérables de la puissance paternelle : la *jouissance légale* et l'*administration légale* ; on se fondait pour cela sur la rédaction primitive de l'art. 383.

****1649. Extension de la puissance paternelle des parents naturels.** — La loi du 2 juillet 1907, modifiant l'art. 383, a établi expressément la puissance paternelle au profit des parents naturels, en précisant qu'elle serait régie comme celle des parents légitimes sauf quelques réserves. C'est la disposition fondamentale de la loi. Cette réforme a accordé aux parents naturels le droit de jouissance légale, jusque-là réservé à la famille légitime, mais non le droit d'administration légale. Voyez ce qui est dit plus loin, n°s 1689 et 1708.

***1650. Répartition de la puissance paternelle entre les parents naturels.** — Outre les restrictions qu'elle comporte, et qui seront expliquées en leur lieu, la puissance paternelle de la famille naturelle se distingue encore de celle qui existe dans la famille légitime en ce que la prépondérance du père y est presque supprimée. En effet, d'après l'art. 383 actuel, la puissance paternelle sur un enfant naturel reconnu est exercée en principe *par celui de ses parents qui l'a reconnu le premier*. Or, le plus ordinairement, c'est la mère.

Si l'enfant a été *reconnu simultanément* par son père et par sa mère, le père seul exerce l'autorité paternelle. C'est le seul cas où sa prépondérance se retrouve.

Les tribunaux peuvent modifier l'attribution de la puissance paternelle,

telle qu'elle résulte des règles qui précèdent, en attribuant cette puissance à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi. Il y a là une sorte de *déplacement* de la puissance paternelle par autorité de justice, qui n'est pas soumise aux règles de la *déchéance* organisée en 1889 (ci-dessous, nº 1734). La loi se borne à dire que ce changement de personne peut être ordonné « si l'intérêt de l'enfant l'exige ».

Enfin il s'opère une *dévolution légale* à la mort du parent auquel appartient la puissance, si le survivant est légalement connu. Celui-ci en est « investi de plein droit » (art. 383).

1651. Observation. — Les père et mère possèdent la puissance paternelle même quand ils sont *encore mineurs*. Ceci se rencontrera surtout pour la mère naturelle. Pour la mère légitime, cela peut encore se voir quand une jeune femme se trouve veuve et mère d'un enfant avant d'avoir atteint sa majorité. Pour le père légitime, l'hypothèse est toute simple à construire, mais elle est d'une réalisation rare : il faut qu'il se soit marié avant d'avoir vingt ans et qu'un enfant soit né dans la première année de son mariage.

1652. Système allemand. — D'après le Code allemand (art. 1707), il n'y a *pas de puissance paternelle sur l'enfant naturel*; la mère a seulement le droit et le devoir de prendre soin de sa personne; elle n'a pas le pouvoir de le représenter. En conséquence *l'enfant naturel a toujours un tuteur* (art. 1773, *ibid.*). Ce système semble, tant au point de vue historique qu'au point de vue moral, supérieur au système français; la puissance paternelle devrait être un pouvoir réservé aux parents légitimes; il y a d'autres moyens de protéger l'enfant naturel. Voyez la thèse de M. Adrien Roux, *De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*, Paris, 1902.

§ 2. — *Droits des ascendants.*

***1653. Du vivant des père et mère.** — Tant que l'enfant a encore son père ou sa mère, les ascendants plus éloignés ne peuvent exercer aucun pouvoir sur lui; ils ne peuvent pas, par exemple, critiquer le mode d'éducation choisi par le père ou par la mère; la puissance qui appartient aux parents a le caractère d'une autorité souveraine et indépendante dans leurs rapports avec les grands-parents.

Cependant les enfants sont tenus d'un devoir de respect envers leurs ascendants de tous les degrés. L'art. 371 ne rappelle expressément ce devoir naturel qu'à l'égard des père et mère, mais on reconnaît que le même devoir existe envers les autres ascendants. Le père ne peut, par suite, s'opposer à ce que l'enfant s'en acquitte envers ses grands-parents, en supprimant toutes visites et toutes correspondances. Les tribunaux se reconnaissent le droit d'autoriser ces visites et ces correspondances, malgré la prohibition du père, sous les conditions qu'ils jugent utile de fixer (Cass., 8 juill. 1857, D. 57. 1. 273, S. 57. 1. 721; Cass., 28 juill. 1891, D. 92. 1. 70; Cass., 12 févr. 1894, D. 94. 1. 218). Mais ils doivent s'en tenir à un simple échange d'entrevues et de lettres; ils ne pourraient pas ordonner que l'enfant sera enlevé à son père pour être confié à ses grands-parents, par exemple pendant tout ou partie de ses vacances. Quelques arrêts en avaient cependant décidé ainsi (Paris, 14 août 1869, D. 69. 9. 238; Cass., 12 juill. 1870, D. 71. 1. 218, S. 71. 1. 28); mais il a été reconnu que cette mesure portait une atteinte illégale au droit de garde qui appartient au père (Cass., 26 juill. 1870, D. 71. 1. 217, S. 71. 1. 28; Cass., 28 juill. 1891, D. 92. 1. 70; Cass., 24 juin 1892, D. 93. 2. 81). Comp., pour la surveillance de la santé de leurs petits-enfants, Cass., 3 juill. 1912, P. et S. 1912. 1. 512.

1654. Après la mort des père et mère. — D'une manière générale, on peut dire que la puissance paternelle ne passe pas aux ascendants du second degré au décès du der-

nier mourant des père et mère. Cependant la loi leur donne un double droit qui ne peut s'expliquer que par l'idée d'une puissance naturelle existant à leur profit sur la personne de leurs ascendants :

1° *La tutelle leur appartient de droit*, à moins que le dernier mourant des père et mère ne les en ait dépouillés (art. 402), et pour la dévolution de cette tutelle, on observe la prépondérance de la branche paternelle sur la branche maternelle. Mais les pouvoirs qui leur sont ainsi dévolus sont ceux d'un tuteur et non pas ceux d'un père.

2° Les ascendants possèdent toujours, *alors même qu'ils n'auraient pas la tutelle*, le droit de *consentir au mariage de leurs descendants* (art. 150). Ce droit est évidemment un fragment de la puissance paternelle. Ceux qui l'ont contesté partent d'une définition trop étroite de cette puissance, qui, d'après eux, serait limitée aux enfants *mineurs* et réservée aux seuls *parents*. C'est une pure pétition de principe. Que sera ce droit, accordé aux ascendants en leur seule qualité, s'il n'est pas un reste de la puissance des père et mère?

§ 3. — *Délégation judiciaire de la puissance paternelle.*

***1655. Cas où cette délégation a lieu.** — La loi de 1889 a organisé tout un système de délégation de la puissance paternelle *par autorité de justice*. Elle prévoit deux cas

1° L'éducation de l'enfant est pour ses parents une charge trop lourde et ceux-ci sont *disposés à le placer* dans un hospice ou chez une personne charitable (art. 17);

2° L'enfant a été *abandonné* par ses parents et *recueilli* sans leur intervention (art. 19).

1656. Étendue de la délégation. — Le tribunal peut, en connaissance de cause, *déléguer* les droits de la puissance paternelle abandonnés par les parents et en attribuer l'exercice, en tout ou en partie, à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. Pour les détails, voyez les art. 17 à 21 de la loi précitée, et ci-dessous, n° 1662.

CHAPITRE III

DROITS ET CHARGES DES PARENTS

§ 1. — *Éducation de l'enfant.*

1657. Étendue des devoirs des parents. — Le soin de diriger l'éducation de l'enfant, de régler sa conduite, de former son caractère et ses idées, est la partie essentielle de la tâche que les parents ont à remplir. Les plus graves questions doivent être résolues : le choix de la religion qu'on enseignera à l'enfant, la carrière à laquelle on le préparera, etc.

1658. Sanctions légales. — Les parents doivent à leur enfant une bonne éducation. Ce devoir moral n'a pas, en général, de sanction juridique précise. On peut cependant signaler les points suivants :

1° Le procédé spécial de coercition organisé par la loi du 28 mars 1882 pour forcer les pères de famille à donner à leurs enfants au moins l'instruction primaire.

2° La déchéance que le père peut encourir lorsqu'il met en péril la moralité de l'enfant (L. 24 juillet 1889, art. 2 *in fine*).

3° Les peines dont il est frappé par les art. 234 et 335 C. pén., quand il a favorisé la prostitution ou la débauche de ses enfants.

4° Les peines établies par la loi du 7 décembre 1874 contre les saltimbanques et forains qui emploient leurs enfants au dessous de 16 ans à des exercices périlleux ou qui les font figurer dans leurs représentations avant l'âge de 12 ans.

5° Enfin, la possibilité d'envoyer l'enfant dans une maison de correction lorsqu'il a commis un crime ou un délit et qu'il a été acquitté comme ayant agi sans discernement (art. 66 C. pén.). C'est une sorte de dépossession du droit d'éducation que subissent alors les parents et qui est justifiée par les mauvais résultats obtenus.

1659. Pouvoirs conférés aux parents pour l'éducation de l'enfant. — Les parents ne pourraient pas remplir leur devoir d'éducation, s'ils n'avaient pas reçu des pouvoirs spéciaux, correspondant à cet objet. Ces pouvoirs sont au nombre de deux :

1° Le *droit de garde*, qui entraîne avec lui un *droit de surveillance* ;

2° Le *droit de correction*.

A. — Garde et surveillance de l'enfant.

***1660. Objet du droit de garde.** — La garde d'un enfant est le droit de le retenir chez soi. Le père, gardien de son fils, peut donc forcer celui-ci à habiter avec lui, et au besoin le faire ramener à son domicile par la force publique. Le fils mineur non émancipé n'a pas le droit de quitter le domicile paternel, si ce n'est à partir de vingt ans et seulement pour s'enrôler dans l'armée (ci-dessus, n° 1619).

C'est cette obligation de l'enfant qui lui fait attribuer comme *domicile légal* le domicile de son père, puisqu'il ne peut avoir une autre résidence (ci-dessus, n° 571).

***1661. Sanction du droit de garde.** — Si quelqu'un enlevait l'enfant, ou le détenait contrairement à la volonté du père, celui-ci aurait le droit de *s'adresser à la justice* pour le réclamer. En cas d'urgence, il y aurait même lieu à référé. Cette action ressemble à une revendication, et peut être exercée contre toute personne qui détient l'enfant.

***1662. Caractères du droit de garde.** — Caractère obligatoire. — La garde de l'enfant n'est pas seulement un droit pour les parents ; c'est en même temps pour eux une obligation dont ils ne peuvent pas, en principe, se décharger. L'*abandon* de l'enfant, admis dans les législations anciennes, est de nos jours considéré comme un *délit* (art. 348 à 353 C. pén. modifiés le 7 avril 1898). Cependant dans la pratique il a fallu se montrer tolérant dans la crainte de provoquer des infanticides. C'est ainsi qu'un décret du 19 janvier 1811 avait établi le système des *tours*, appareils mobiles qui permettaient de déposer un enfant dans un hospice sans être vu. Les tours ont été fermés les uns après les autres à partir de 1823 ; mais on pratique à bureau ouvert l'admission des enfants dans les hospices.

Incessibilité de la garde. — La garde de l'enfant fut longtemps considérée comme un attribut *incessible* de la puissance paternelle. Ainsi les parents qui avaient abandonné leur enfant pouvaient ensuite le réclamer à l'Assistance publique ou aux personnes charitables qui l'avaient recueilli et élevé, et cela sans être obligés de rembourser les frais d'éducation (Colmar, 5 avril 1838, D. 39. 2. 255). L'Administration de l'Assistance publique fit de vains efforts pour s'opposer à ces revendications tardives, toujours suspectes et nuisibles à l'enfant : l'action des parents est imprescriptible. Elle aurait voulu obtenir la création d'un *contrat de dessaisissement* en sa faveur, lui transférant la garde définitive de l'en-

fant. On le lui a en principe refusé (1). Toutefois la loi de 1889 a modifié la situation pour deux catégories d'enfants : 1° les *enfants moralement abandonnés* (art. 19 et 20), pour lesquels le tribunal peut enlever aux parents tout ou partie de la puissance paternelle pour la confier à l'Assistance publique, ou à des associations de bienfaisance, ou à des particuliers, auquel cas, il y a *translation judiciaire* du droit de garde ; 2° les *enfants remis volontairement* à ces mêmes établissements ou particuliers, pour lesquels les parents consentent à céder leurs droits, auquel cas il y a *translation conventionnelle* du droit de garde (art. 17). La loi de 1889 a donc organisé, dans ce dernier cas, une véritable *cession volontaire* du droit de garde, comme le demandait l'Assistance publique ; toutefois cette cession revêt une *forme judiciaire* : c'est le tribunal qui l'ordonne, sur la requête des parties agissant conjointement (*ibid.*). Cette même loi a réglementé la *reprise* de l'enfant, et décidé que la revendication des parents, rejetée par le tribunal, pouvait être renouvelée au bout de trois ans (art. 21) (2). Les dispositions de l'art. 17 paraissent recevoir peu d'applications dans la pratique.

***1663. Surveillance et direction de l'enfant.** — Ce n'est pas seulement la *garde* de l'enfant qui est confiée aux parents ; c'est aussi la *surveillance*. Ceci est quelque chose de plus ; c'est le soin de diriger ses actions, de veiller sur son développement moral. Comme la garde, cette surveillance est pour eux à la fois un droit et un devoir.

Les seuls points, du reste, sur lesquels elle revêt une forme juridique sont les suivants :

1° Les parents peuvent régler comme ils l'entendent les *relations de leurs enfants*, leur interdire de voir telle ou telle personne. Leur droit à cet égard va jusqu'à pouvoir supprimer tous rapports avec les grands-parents, sauf appréciation par la justice des motifs de cette décision (ci-dessus, n° 1653, et ci-dessous, n° 1730) ;

2° Les parents peuvent *examiner la correspondance* de leurs enfants et intercepter au besoin les lettres qu'ils écrivent et celles qu'ils reçoivent. Le secret et l'inviolabilité des lettres missives n'existe donc pas pour les mineurs (Caen, 11 juill. 1866, Dalloz, *Suppl.*, t. IX, p. 786, note 1, S. 67. 2. 151 ; Cass., 27 déc. 1875, S. 76. 1. 97, et les autorités citées dans D. 1900. 2. 287, notes 6-7 ; Paris, 9 juill. 1913, D. 1915. 2. 54).

B. — Droit de correction.

1° Généralités.

1664. Atténuation progressive des châtiments corporels. — Le soin de l'éducation de l'enfant dont les parents sont chargés leur donne nécessairement sur sa personne un droit de correction assez étendu. Toutefois ce droit n'a jamais été défini ni réglementé d'une manière précise par le législateur. Dans quelle mesure les parents peuvent-ils employer les châtiments corporels, les coups, la séquestration? Tout ici est affaire de mesure, et, sauf les cas extrêmes, les mœurs seules réglent le mode d'exercice de ce pouvoir. Un point remarquable est l'adoucissement continu des châtiments infligés à l'enfant. Le père tombait déjà sans nul doute sous le coup des art. 309, 310 et 311. C. pén. quand il y avait « blessures ou voies de fait », et la loi du 5 avril 1898 a introduit dans le Code pénal des disposi-

(1) Voyez *Dalloz*, 1890, 4e partie, p. 19, note 1.

(2) Sur toutes ces difficultés, voyez la thèse de M. Lampérière, citée au n° 1731. La loi de 1889 n'ayant pas réglé la question d'une façon complète, la revendication des parents reste libre dans bien des cas, notamment pour les *enfants trouvés* et pour ceux qui sont remis à l'Assistance publique *sans abandon des droits de la puissance paternelle*. Une loi du 27 juin 1904, dans son art. 17, a définitivement tranché la difficulté en faveur de l'Assistance publique en l'autorisant à refuser la restitution de l'enfant ; un arrêt qui avait méconnu le sens de ce texte (Paris, 8 juill. 1909, D. 1910. 2. 351, P. et S. 1911. 2. 145, et les notes) a été cassé (Cass., 10 janv. 1912, D. 1912. 1. 153, P. et S. 1912. 1. 366, et les notes). Comp. Trib. Seine, 4 janv. 1911, D. 1912. 2. 57, et la note ; et Planiol, *Revue critique*, mars 1911, p. 157.

tions spéciales pour réprimer les attentats et violences commis contre les enfants. Nul doute encore qu'il dépasserait son droit en tenant son enfant séquestré « en chartre privée ». La loi du 24 juillet 1889 permet de lui retirer la puissance paternelle pour « mauvais traitements ayant compromis la santé de l'enfant ». Depuis les temps lointains où le père avait le droit de vie et de mort, jusqu'à nos jours où l'on voit disparaître la férule et le séquestre dans les établissements d'éducation, le droit de correction du père est toujours allé en s'affaiblissant. Ainsi nos anciennes coutumes lui permettaient de « battre » ses enfants. Il n'y a plus rien de pareil dans nos lois. Comp. Grenoble, 19 déc. 1902, S. 1903. 2. 158.

1665. Moyens d'action conservés. — L'autorité paternelle réside encore plus dans les mœurs, dans l'esprit de famille, dans l'influence que le père a su prendre et garder sur l'esprit de ses enfants, que dans les moyens légaux qu'on met à la disposition des parents. Les armes que la loi leur donne sont les suivantes :

1° La possibilité d'*engager l'enfant comme mousse* sur un navire marchand : « Le mousse ne peut avoir moins de 10 ans ni plus de 15 » (Décr. 3 brumaire an IV) ou de *le placer en apprentissage* (L. 22 février 1851). En fait, dans l'un et dans l'autre cas, l'enfant ne joue pas un rôle plus actif que s'il s'agissait de le vendre.

2° La possibilité de *le dépouiller d'une partie de ses droits héréditaires.* Les parents trouvent en effet dans la confection d'un testament un moyen de punir ceux de leurs enfants qui se sont mal conduits et de récompenser les autres ; mais cette faculté est renfermée par le Code dans des limites étroites, grâce à l'institution de la *réserve*, portion de la succession dont des enfants ne peuvent être privés et qui varie de la moitié aux trois quarts, selon leur nombre. Beaucoup de personnes trouvent que le droit du père est trop limité, et proposent de renforcer l'autorité paternelle par différents moyens. Les uns, comme Le Play, demandent la liberté absolue de tester et la suppression de toute réserve ; les autres voudraient obtenir le rétablissement de l'ancienne *exhérédation*, qui permettait au père de déshériter son enfant quand il avait contre lui de justes motifs d'irritation. Les causes d'exhérédation pourraient être prévues et réglées par la loi, afin de diminuer les procès, qui sont l'inconvénient inhérent à ce système. Sur un système ingénieux, qui est pratiqué en Espagne, voyez Glasson, *Rapport à la Société d'économie sociale*, 1889.

3° La possibilité de *faire emprisonner l'enfant* pendant un temps assez long. Ce dernier moyen de correction demande des explications développées, qui font l'objet des numéros suivants. Il est de tous le plus rare en fait, mais c'est aussi le plus grave et le seul dont le Code se soit occupé (art. 375 à 383).

2° Spécialités sur l'incarcération de l'enfant.

1666. Caractère exceptionnel et origine du droit d'incarcération. — Les particuliers n'ont pas le droit de tenir « en chartre privée » les personnes placées sous leur dépendance. L'État seul a le droit de faire subir des *peines* ; cependant le Code permet aux parents de faire emprisonner leurs enfants, mettant ainsi la force sociale au service de l'autorité domestique. C'est une suprême ressource pour dompter les caractères rebelles. Ce droit existe en France depuis un temps immémorial. Il donnait lieu à beaucoup d'abus, lorsqu'il fut sagement réformé par un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 9 mars 1673, qui en borna l'exercice aux enfants âgés de moins de 25 ans. Mais au-dessus de cet âge, les lettres de cachet fournissaient encore un moyen d'emprisonner les majeurs. Les fils étaient enfermés à Bicêtre et les filles à la Salpêtrière.

1667. Son application pratique. — L'expérience prouve que ce sont surtout les parents pauvres, ceux qui d'ordinaire ne savent ou ne peuvent bien élever leurs enfants, qui ont recours à ce procédé. Les ouvriers les moins payés, journaliers ou hommes de peine, forment à eux seuls, d'après M. Bonjean, 85 pour 100 du nombre total des requérants.

Les statistiques publiées par le Ministère de l'intérieur sont tellement contradictoires qu'elles sont inutilisables. Voir la démonstration donnée par M. Berthélemy, dans un article publié par la *Revue philanthropique*, en février 1899. D'après les statistiques du Ministère de la justice, qui paraissent plus exactes, la moyenne des ordonnances d'incarcération

rendues annuellement de 1875 à 1895 n'atteint pas 1 200. En 1897, leur nombre a été seulement de 891, dont 555 pour les garçons et 336 pour les filles.

***1668. Qui peut demander l'incarcération.** — Le droit de « faire détenir » l'enfant (telle est l'expression dont se sert le Code) est accordé par la loi indistinctement aux père et mère légitimes et naturels (art. 383). La mère ne peut s'en servir que dans les cas où l'exercice de la puissance paternelle lui est dévolu, c'est-à-dire à défaut du père.

Dans la pratique, il s'élève un certain nombre de difficultés qu'on impute à tort à une rédaction vicieuse de la loi. Ces questions se présentent surtout quand les parents sont divorcés, ou quand le père est fou ou absent, et la plupart tiennent à une simple erreur d'interprétation : on a perdu de vue que le droit de correction est un *accessoire du droit de garde*, et qu'il en est inséparable ; celui qui n'a pas la garde de l'enfant ne peut avoir le droit de le faire emprisonner.

***1669. Détention sur la demande du père.** — Le père exerce son droit tantôt *par voie d'autorité*, tantôt *par voie de réquisition*.

Lorsqu'il agit *par voie d'autorité*, il a le droit absolu d'obtenir l'emprisonnement de son enfant, sans avoir à donner de motifs et sans que la justice puisse s'y refuser. Le président du Tribunal est *obligé* de signer l'ordre d'arrestation que le père lui demande. Cette faculté laissée au père lui permettrait donc de se conduire en vrai despote, sans contrôle aucun. Mais la jurisprudence a trouvé un moyen, *en tournant la loi*, de réaliser une amélioration certaine. Sous prétexte que l'art. 375 ne permet au père d'agir par voie d'autorité qu'autant qu'il a des sujets de mécontentement *très graves* contre son enfant, on ouvre une enquête pour vérifier la qualité de ses griefs. Cette pratique, création hardie du tribunal de la Seine (*Revue pénitentiaire*, 1894, p. 173), s'est répandue dans la plupart des tribunaux des grandes villes. Elle permet de rejeter un grand nombre de demandes d'incarcération et de supprimer beaucoup d'abus odieux. Sa légalité a été contestée (Gallois, thèse, Paris, 1899, p. 85-87).

Lorsqu'il agit *par voie de réquisition*, le père peut seulement *solliciter* du Président du Tribunal l'ordre d'arrestation, que celui-ci accorde ou refuse après avoir examiné les motifs de plaintes allégués par le père, et après en avoir conféré avec le Procureur de la République (art. 377). Le Président n'est plus alors le simple exécuteur des volontés du père ; c'est lui qui prend la décision. — Puisqu'il peut refuser l'ordonnance qu'on lui demande, il peut à plus forte raison abréger le temps de la détention (même article).

***1670. Cas où le père peut agir par voie d'autorité.** — La loi ne lui ouvre cette voie qu'autant que son enfant est encore tout jeune, « lorsqu'il a moins de seize ans *commencés* » (art. 376). Lorsque l'enfant a plus de quinze ans révolus, il peut s'élever des conflits graves entre son père et lui, et l'on doit craindre de la part du père une irritation trop vive, qui le porte à user de son droit par vengeance. Voilà pourquoi la loi retire alors au père une arme aussi redoutable (art. 377). Au-dessous de quinze ans au contraire, la jeunesse de l'enfant l'empêche d'encourir à ce point le courroux paternel.

En outre, le père est encore privé de cette faculté même lorsque son fils n'a pas encore 15 ans révolus dans les trois cas suivants :

1° *Lorsque le père est remarié* (art. 380). — On a craint l'influence de sa seconde femme, souvent hostile aux enfants du premier lit (1).

2° *Lorsque l'enfant exerce un état* (art. 382). — On a craint que l'arrestation abusive de l'enfant ne lui causât un préjudice, en compromettant son apprentissage ou en lui faisant perdre son salaire.

3° *Lorsque l'enfant a des biens personnels* (même article). — Cambacérès, qui a fait admettre cette dernière exception, en a donné pour motif la crainte que le père ne fît ache-

(1) Il y a controverse pour savoir si le père remarié recouvre son droit de détention par voie d'autorité quand il est *devenu veuf*. Le motif de la loi a disparu, puisque la marâtre des enfants n'est plus là pour exercer son influence contre eux. D'autre part, le texte porte « Si le père est remarié... » (art. 380), ce qui suppose que son mariage existe encore. Il semble donc que l'esprit et la lettre de la loi soient ici d'accord pour restituer au père la plénitude de son droit.

ter par son fils sa liberté à beaux deniers comptants, en le menaçant de prison ; il oubliait qu'un enfant si jeune est incapable de disposer valablement de ses biens.

***1671. Détention sur la demande de la mère.** — Le droit de faire incarcérer l'enfant est beaucoup moins complet pour la mère que pour le père.

1° *La mère n'a jamais le droit d'agir par voie d'autorité.* Quel que soit l'âge de l'enfant, elle ne peut le faire que par voie de réquisition, c'est-à-dire avec l'agrément du président.

2° Il lui faut de plus *l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfant* (art. 381). Il ne suffit pas de les consulter ; il faut obtenir leur approbation.

3° *Elle perd entièrement son droit lorsqu'elle se remarie* (1), tandis que le père, quoique remarié, conserve le droit d'arrestation. On redoute l'influence du second mari.

***1672. Nature de la détention.** — L'incarcération de l'enfant n'a rien de commun avec les peines criminelles ou correctionnelles. C'est une simple privation de liberté, sans caractère pénal proprement dit, sans conséquences juridiques, et pour laquelle il serait bon de créer une dénomination technique, car le mot *détention*, dans la langue du droit moderne, désigne une peine spéciale, appliquée aux crimes politiques.

1673. Lieux où elle se subit. — La détention de l'enfant ne se subit pas dans les mêmes locaux que les peines véritables. Le projet disait que l'enfant serait envoyé dans une maison de correction, mais Lebrun fit supprimer l'article en faisant remarquer que ce serait « l'envoyer au crime ». Quelques maisons se fondèrent, notamment à Paris, pour recevoir les enfants ainsi détenus ; un décret du 30 septembre 1807 désigna, pour la détention des jeunes filles, la maison des Dames de Saint-Michel ; mais ce sont surtout les *colonies pénitentiaires*, dont la première fut fondée à Mettray par un ancien conseiller à la Cour de Paris, M. de Metz, qui se sont chargées de cet office (L. 5 août 1850). Cette même loi (art. 2) avait ordonné que dans toutes les maisons d'arrêt et de justice un quartier distinct serait affecté aux jeunes détenus de toute catégorie. Un décret du 11 nov. 1885 (art. 30) a fait plus encore : il a ordonné que les mineurs enfermés par voie de correction paternelle soient entièrement isolés même des détenus de leur âge.

1674. Procédure. — L'enfant ne peut être arrêté et emprisonné que sur un ordre écrit, signé du président du tribunal. Cet ordre est délivré sur la demande verbale du père. Le père doit s'engager, par soumission écrite, à payer les frais nécessaires et à fournir à l'enfant des aliments convenables. Il n'y a *aucune autre forme de procédure, aucune écriture* ; il n'est même pas fait mention de l'entrée de l'enfant sur le registre d'écrou (Décr. 11 nov. 1885, art. 31). Seul l'ordre d'arrestation est écrit, et encore les motifs n'y sont pas énoncés (art. 378). La loi a voulu faire disparaître toute trace de ce qui n'est qu'une punition paternelle, pour que l'enfant, devenu homme, n'en conservât aucune flétrissure.

***1675. Durée de la détention.** — Quand l'enfant a moins de quinze ans révolus, sa détention ne peut excéder *un mois* (art. 376), ce qui est déjà beaucoup pour un enfant si jeune. A partir du commencement de la seizième année, la limite de la détention est portée à *six mois* (art. 377) ; mais, comme on l'a vu, le président a alors le droit de réduire d'office la durée que le père demande.

Le père possède toujours le droit d'abréger la détention en cours, quand il juge son enfant suffisamment puni (art. 379). C'est une sorte de *droit de grâce* que la loi lui laisse. Le même droit appartient sans conteste à la mère, quand c'est sur son ordre que l'enfant a été enfermé, quoique la loi n'ait parlé que du père.

1676. Voie de recours. — L'art. 382, al. 2, réserve à l'enfant détenu un recours contre l'ordre d'arrestation délivré par le président du tribunal. Ce recours est porté *devant le procureur général* du ressort, auquel l'enfant peut adresser un mémoire.

On se demande dans quelles hypothèses ce recours est ouvert à l'enfant. La loi en parle à la suite d'une disposition (art. 382, al. 1) qui vise les cas où l'enfant exerce un état ou possède des biens personnels : doit-on limiter le recours à ces deux cas? En général, on incline à admettre l'existence du recours dans toutes les hypothèses où l'enfant est détenu

(1) Ceci résulte implicitement de la rédaction de l'art. 381, qui n'accorde le droit de faire détenir l'enfant qu'à la mère survivante et non remariée.

par voie de réquisition, parce que les motifs qui l'ont fait établir se retrouvent toujours ; mais il y a d'assez nombreuses divergences dans la doctrine sur ce point.

Ce recours n'est pas un véritable *appel* ; par conséquent il ne suspend pas l'exécution de la peine. Aussi la loi suppose-t-elle qu'il est exercé par l'enfant détenu (art. 382).

1677. Quand cesse le droit de faire détenir l'enfant. — Le droit de faire incarcérer l'enfant n'est accordé aux parents que pendant la *minorité* de l'enfant (art. 372 et 375 combinés. Comp. art. 377). Ce droit cesse, même avant que l'enfant ait atteint sa majorité, quand il est *émancipé* (art. 377).

1678. Règles applicables aux parents naturels. — Le droit de faire enfermer l'enfant récalcitrant a toujours été accordé aux parents naturels par l'art. 383, mais le renvoi que faisait cet article aux dispositions qui le précèdent était incomplet ; on remarquait qu'il ne renvoyait pas aux art. 380, 381 et 382. Il en résultait certaines particularités dans les droits des parents naturels, particularités qui ont disparu avec la rédaction actuelle (L. 2 juillet 1907) (1).

1679. Critiques et projets de réformes. — Le système de la loi française sur l'emprisonnement par voie de correction paternelle fait l'objet de nombreuses critiques. On lui reproche principalement d'être *une mesure inefficace* ; les raisons qui font enfermer un mineur ne sont pas d'ordinaire des actes délictueux ; ce sont des *vices* du caractère, de mauvaises habitudes, la paresse, l'insubordination, la débauche ; ce ne sont pas là des choses qui se corrigent par un emprisonnement de quelques semaines ou même de quelques mois. — De plus, la séparation ne peut être maintenue en fait entre l'enfant enfermé et les autres détenus ; le plus souvent on aboutit dans la pratique à une promiscuité détestable, de sorte que la prison corrompt ceux qu'elle a la prétention de corriger. On demande donc la suppression de l'emprisonnement à courte durée, et son remplacement par un internement de durée indéterminée dans une école spéciale ; à une mesure d'*ordre pénal* on veut substituer une mesure *d'ordre pédagogique*. On demande en outre quelques autres réformes secondaires, notamment la nécessité d'une *décision judiciaire* dans tous les cas, précédée d'une *enquête sérieuse et complète*. Voyez sur ces différents points Berthélemy, *Revue philanthropique*, février 1899.

§ 2. — *Entretien de l'enfant.*

***1680. Importance et objet de cette charge.** — L'éducation d'un enfant ne va pas sans dépenses, et ces dépenses sont à la charge des parents ; la charge pécuniaire est la plus lourde de celles que les parents ont à supporter ; les soins à donner à la personne de l'enfant sont peu de chose en comparaison. Dès que la famille devient un peu nombreuse, la charge d'entretien et d'éducation des enfants est écrasante pour les parents (2).

L'obligation des parents comprend les dépenses de toute sorte qu'entraîne la présence de l'enfant : *nourriture*, *vêtement*, *logement*, *frais de maladie*, etc. Elle comprend même les frais d'*instruction*, car l'art. 203

(1) Toutefois, l'enfant naturel n'ayant pas de parents autres que ses père et mère, la mère naturelle se trouve dispensée de l'obligation de prendre l'avis des deux plus proches parents paternels de l'enfant, comme le veut l'art. 381.

(2) Ce sentiment est devenu général en France, et il est la cause la plus active du ralentissement de la natalité, devenu si inquiétant pour l'avenir de notre pays qu'il est, on peut bien le dire, le fait dominant de notre histoire depuis cinquante ans. Chaque ménage veut jouir du plus grand bien être que puissent lui assurer ses revenus, et pour cela il ne faut pas avoir d'enfants. Si ce mouvement n'est pas enrayé, l'infériorité définitive de la France est certaine à brève échéance à l'égard des nations qu'elle dominait jadis par le chiffre supérieur de sa population.

impose aux parents le devoir d'élever leurs enfants. Or élever un enfant c'est avant tout l'instruire, tout au moins lui donner l'instruction élémentaire sans laquelle un homme est mal préparé à gagner sa vie dans les sociétés modernes. On a donc pu soutenir avec raison que l'art. 203 C. civ. contenait le principe de l'instruction obligatoire et que la loi du 28 mars 1882 n'a d'une innovation que l'apparence. Le droit actuel est même moins exigeant que le Code puisque la *gratuité de l'enseignement primaire* a donné aux parents un moyen de remplir leur obligation sans bourse délier (1). Mais les lois administratives modernes de 1881 et de 1882 ont fait une réalité de ce qui n'était qu'un principe théorique inscrit dans le Code civil, et non observé en fait.

1681. Silence presque complet des textes. — Toutes les fois que les parents ont des ressources suffisantes pour y pourvoir, l'obligation d'entretenir l'enfant s'exécute par la force des choses : l'enfant vit à la charge de ses parents, sans que la loi intervienne. Dans les cas extrêmes de misère ou d'abandon, il tombe à la charge de l'assistance publique ou de la charité privée. Cette situation de fait explique pourquoi le Code ne s'est pas occupé de cette question, au titre « De la puissance paternelle » (2). La loi a cependant formulé le principe de cette obligation, mais elle a placé le texte au titre « Du mariage » où il est dit : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, élever et entretenir leurs enfants » (art. 203).

On a discuté pour savoir quel était le sens des mots *contractent ensemble.* Veulent-ils dire « simultanément » ou « l'un envers l'autre »? Il n'est pas question d'une obligation mutuelle des époux l'un envers l'autre, mais bien d'une obligation commune mise à leur charge envers leurs enfants. Cet article est tiré du nº 384 du *Traité du contrat de mariage* de Pothier, où très certainement l'auteur avait en vue une obligation des parents envers leurs enfants, car ce numéro est placé sous la rubrique : « *Des obligations que le mariage produit dans les père et mère envers les enfants qui en naissent...* » De plus le chapitre v du titre « Du mariage », dont fait partie l'art. 203, ne s'occupe que des obligations qui naissent du mariage entre les époux et les tiers ; les obligations mutuelles des époux l'un envers l'autre font l'objet du chapitre vi. Le sens de la loi est donc bien certain, mais elle a eu tort de considérer cette obligation comme naissant du mariage : en réalité ce qui oblige les parents à nourrir et à élever leurs enfants, c'est le fait de la paternité ou de la maternité, et non pas le mariage ; ce qui le prouve, c'est que cette obligation existe même en dehors du mariage, au profit des enfants illégitimes. L'ancienne maxime « Qui fait l'enfant doit le nourrir » (Loysel, nº 59) est toujours vraie.

****1682. Distinction de l'obligation des parents et de la dette alimentaire.** — Il faut bien se garder de confondre le devoir spécial imposé aux père et mère envers leurs enfants avec l'obligation beaucoup plus générale, dite *obligation alimentaire.* L'obligation alimentaire est *réci-*

(1) Cette gratuité est devenue un principe absolu pour les *écoles primaires publiques*, depuis la loi du 16 juin 1881, mais elle avait été préparée et partiellement réalisée par les lois du 15 mars 1850 (art. 36) et du 10 avril 1867. La *gratuité* a ainsi précédé l'*obligation*, car elle était la condition de l'établissement de ce principe nouveau.

(2) On lit bien, dans l'art. 385, que les parents sont tenus de payer la nourriture, l'entretien et l'éducation de leurs enfants ; mais il s'agit d'une charge particulière qui grève les parents, non en cette qualité, mais comme conséquence du droit de jouissance que la loi leur donne sur les biens de leurs enfants mineurs, quand ceux-ci ont une fortune personnelle. C'est donc tout autre chose que le devoir ordinaire d'entretien et d'éducation dont nous nous occupons ici, et la preuve en est que, d'après l'art. 385, la dépense à faire est proportionnelle à la fortune personnelle des enfants et non à la fortune des parents.

proque par sa nature ; le devoir des parents envers leurs enfants mineurs, par sa nature même, est *unilatéral*. L'obligation alimentaire dure *toute la vie* ; le devoir des parents *cesse à la majorité* des enfants. Après sa majorité l'enfant peut encore avoir droit à des aliments, mais dans les conditions ordinaires, c'est-à-dire quand il est dans le besoin ; son éducation, avec les frais spéciaux qu'elle entraîne, est terminée.

***1683. Caractère solidaire de l'obligation.** — L'obligation pèse conjointement sur les deux époux, et chacun d'eux y contribue en proportion de ses ressources. Mais chacun d'eux en est tenu pour le tout, ce qui fait que, si l'un d'eux n'a rien, l'autre est obligé de supporter seul tous les frais, et que si l'un d'eux vient à mourir, l'enfant reste entièrement à la charge du survivant ; les héritiers du prédécédé ne succèdent pas à son obligation, même quand ils sont des ascendants de l'enfant.

1684. Caractère subsidiaire de l'obligation des parents. — Cette charge n'est du reste imposée aux parents que parce que l'enfant n'a pas de biens personnels, comme c'est le cas ordinaire. Lorsqu'il en possède, c'est sur ses revenus que doivent être prises d'abord les sommes nécessaires à son entretien, et les parents n'en sont alors tenus qu'*au cas d'insuffisance des revenus propres à l'enfant* (Caen, 18 déc. 1912, P. et S. 1915. 2. 4).

1685. Survie de l'obligation à la déchéance des parents. — Les père et mère restent tenus même quand ils ont été privés de leur puissance paternelle. La déchéance qu'ils encourent les prive de leurs droits (droits de diriger l'éducation, d'administrer les biens de l'enfant, d'en percevoir les revenus), mais elle ne les libère pas de leurs obligations.

***1686. Sanction de l'obligation.** — L'obligation des parents, en ce qui concerne l'entretien annuel de l'enfant mineur, est une obligation *civile*, c'est-à-dire sanctionnée par une action. Ils pourraient donc être poursuivis en justice, s'ils ne l'exécutaient pas volontairement. Seulement la difficulté est de *savoir par qui sera exercée l'action*. C'est l'enfant qui est le véritable créancier, mais il n'a pas l'exercice des actions qui lui appartiennent, et d'ailleurs son jeune âge le rend le plus souvent incapable d'agir. Qui aura qualité pour agir à sa place? On propose de donner l'action à la mère, et on croit y être autorisé par l'art. 203 : « Les époux contractent *ensemble*... », ce qu'on traduit ainsi : « l'un envers l'autre ». La mère, dit-on, est donc créancière de son mari. On a vu plus haut (n° 1681) que cette interprétation de l'art. 203 est inexacte. Du vivant des deux époux personne n'a qualité pour intenter l'action au nom de l'enfant. Néanmoins la femme possède, *en son nom personnel*, une action contre son mari pour l'obliger à lui remettre d'avance l'argent nécessaire à l'entretien des enfants. Cette action se tire de l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907 (Paris, 7 déc. 1907, D, 1908. 2. 209, P. et S. 1909. 2. 129).

§ 3. — *Jouissance légale.*

****1687. Jouissance légale des revenus de l'enfant.** — Comme compensation des charges qu'ils ont à supporter, la loi attribue aux père et mère la *jouissance des biens de leurs enfants mineurs de* 18 *ans* (art. 384). La jouissance est le droit de percevoir les revenus, sans être obligé d'en rendre compte ; c'est donc un avantage considérable que les parents retirent de leur puissance paternelle. Sans doute ils sont obligés d'employer les revenus de l'enfant à lui donner une éducation en rapport avec sa fortune

(et non plus avec la leur), mais les revenus de l'enfant peuvent dépasser de beaucoup ses besoins, et il arrive assez souvent que ce droit de jouissance se résout pour les parents en un bénéfice annuel considérable. En fait, ce droit a lieu surtout au profit du *survivant des père et mère*, après que l'enfant a recueilli la succession du prédécédé.

***1688. Origine.** — Le droit actuel de jouissance légale a son origine dans une institution de notre ancien droit coutumier appelée la *garde*, et sur laquelle Pothier a écrit un traité spécial, d'où ont été tirées beaucoup de dispositions du Code relatives à cette matière (édit. Bugnet, t. VI, p. 499 et suiv.). On appelait « garde » le droit de percevoir le revenu des biens appartenant à l'enfant mineur, à la condition de supporter certaines charges dont la principale était l'éducation de l'enfant. Primitivement ce droit n'avait appartenu qu'aux nobles, mais diverses causes en avaient fait bénéficier en différents lieux, notamment à Paris, les familles roturières elles-mêmes : on eut ainsi une *garde bourgeoise* à côté de l'ancienne qui prit dès lors le nom de *garde noble*. La plus grande diversité régnait dans les coutumes sur ce sujet. — Le Code civil a généralisé cette institution en la simplifiant. Les auteurs de la loi ont toutefois annoncé l'intention de la transformer et d'en faire quelque chose de nouveau (1). Voyez sur ce point la thèse de M. Poulet, Paris, 1899.

A. — A qui appartient la jouissance légale.

****1689. Concession de ce droit aux parents naturels.** — Cette faveur n'était jadis accordée qu'aux parents *légitimes*, et non pas aux parents naturels. La majorité des auteurs approuvait sur ce point la jurisprudence qui était constante. L'art. 384 primitif supposait, par la façon dont il s'exprimait, que les parents étaient mariés : « durant le mariage ». D'autre part, la loi n'avait pas dit que ces articles seraient applicables aux parents de l'enfant naturel, comme l'avait fait l'art. 383 pour les textes qui règlent le droit d'incarcération. C'était donc une sorte de récompense pour la paternité légitime. Mais la loi du 2 juillet 1907 a complété l'art. 384 par un alinéa nouveau qui concède formellement la jouissance légale à celui des parents naturels qui exerce la puissance paternelle, sauf une restriction indiquée dans l'art. 389 nouveau : le père naturel est obligé de faire nommer un subrogé-tuteur à son enfant, dans les trois mois de son entrée en fonctions et s'il ne l'a pas fait dans ce délai, il n'a droit à la jouissance légale qu'à compter du jour de cette nomination.

***1690. Attribution des revenus pendant le mariage.** — En principe la jouissance légale appartient au père ; lui seul peut l'avoir *pendant le mariage* (art. 384).

Cependant les termes absolus de cet article n'empêcheraient pas la mère d'en profiter lorsque l'exercice de la puissance paternelle lui est dévolu pendant le mariage par suite de l'absence, de la folie, ou de la déchéance du père. L'art. 384, comme l'art. 373, comme l'art. 389, prévoit le cas ordinaire, celui où le père est présent et capable.

Toutefois la question de savoir si l'absence du mari fait passer à la mère la jouissance

(1) On peut signaler certaines différences entre l'ancien droit de garde et la jouissance légale du droit moderne : 1° La garde n'était pas un attribut de la puissance paternelle car elle pouvait appartenir même à des collatéraux : 2° elle portait seulement sur certains biens et non sur tous ; 3° elle ne s'éteignait pas avant la majorité.

légale des biens de l'enfant est controversée. Voyez les citations dans Dalloz, 91. 1. 413, note 1, et comp. Alger, 29 mai 1886, sous Cass., D. 91. 1. 413, S. 89. 1. 217.

***1691. Attribution des revenus après la dissolution du mariage.** — Quand le mariage est dissous, le droit de jouissance légale continue d'appartenir au père, s'il a survécu, à moins qu'il n'y ait eu un *divorce prononcé contre lui* (art. 386).

Si le père est mort, ou s'il est déchu de son droit, *la jouissance légale passe à la mère* (art. 384).

Les autres ascendants ne l'ont jamais.

1692. Indépendance respective de la jouissance légale et de l'administration légale. — Le droit de jouissance légale n'est pas le corollaire et le compagnon du droit d'administration légale dont il sera parlé plus loin. En effet, d'une part, la jouissance légale survit à la mort de l'un des époux (1), tandis que l'administration légale prend fin alors pour faire place à la tutelle ; d'autre part, l'administration légale dure jusqu'à la majorité de l'enfant, tandis que la jouissance légale s'éteint dès qu'il a 18 ans. Chacun de ces deux droits peut donc exister sans l'autre.

B. — Biens soumis à la jouissance légale.

***1693. Caractère général du droit de jouissance.** — D'après l'art. 384, le père et à son défaut la mère ont « la jouissance *des biens* de leurs enfants... » Le droit de jouissance légale porte donc sur tous les biens de l'enfant, quelle que soit leur *nature*, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, quelle que soit leur provenance ou *origine*. Le droit des parents est donc un *usufruit universel*.

Toutefois différentes catégories de biens, indiquées dans les numéros suivants, se trouvent exceptionnellement soustraites à la jouissance légale.

***1694. Biens acquis par un travail séparé.** — Les biens qui proviennent du travail de l'enfant ne sont pas soumis à la jouissance légale (art. 387). Par un « travail séparé », il faut entendre un travail distinct de celui de ses père et mère, comme lorsque l'enfant est, en dehors de la maison paternelle, clerc dans une étude, apprenti dans un atelier, commis dans un magasin. On a voulu encourager l'enfant au travail, en lui laissant la disposition du peu d'argent qu'il gagne.

***1695. Biens donnés ou légués avec exclusion expresse.** — Lorsque des biens ont été donnés ou légués à l'enfant sous la condition formelle que ses père et mère n'en auront pas la jouissance, la loi respecte la volonté du donateur ou testateur (art. 387). Une telle condition doit être *expresse* ; elle ne se sous-entend pas. Pourquoi la loi permet-elle ainsi

(1) Ordinairement c'est même seulement après la dissolution du mariage par le décès de l'un des parents, que le droit de jouissance commencera à s'exercer au profit du survivant, car du vivant de ses père et mère il est rare que l'enfant ait des biens personnels. Les premiers qu'il recueille sont en général ceux du prémourant de ses père et mère.

aux tiers de priver les parents du droit qu'elle leur accorde? C'est *dans l'intérêt de l'enfant.* Il y a peut-être brouille dans la famille, hostilité entre les parents de l'enfant et le donateur ou testateur. La loi a craint de priver l'enfant d'une libéralité qu'on est disposé à lui faire, mais dont on ne veut pas faire profiter ses parents ; elle a donc permis au disposant de retirer à ceux-ci leur droit de jouissance légale (1).

***1696. Successions dont les parents sont exclus comme indignes.** — L'*indignité* est une sorte de pénalité civile qui empêche une personne de recueillir une succession, à raison de certains torts graves dont cette personne s'est rendue coupable envers le défunt (art. 727). Les peines étant personnelles, les enfants de l'indigne ne sont pas exclus de la succession pour la faute de leur père ; ils peuvent donc la recueillir en y venant *de leur chef*, au moins dans quelques cas (art. 730). Lorsque des mineurs succèdent ainsi à la place de leur père (ou de leur mère), encore vivant, mais déclaré indigne, l'indigne toucherait les revenus de cette succession qui lui est enlevée si la loi n'avait pris la précaution de lui retirer expressément son droit de jouissance légale (art. 730).

C. — Droits de l'usufruitier légal.

****1697. Application des règles de l'usufruit.** — Le droit de jouissance légale accordé aux père et mère est une variété de l'usufruit. Il comporte l'attribution à l'usufruitier légal de tous les produits ayant le caractère de fruits ; le père ou la mère les acquièrent tantôt par la perception, tantôt à leur échéance, selon leur nature.

****1698. Caractère exceptionnel de la jouissance légale.** — Cependant le droit de jouissance légale n'est pas un usufruit ordinaire. Il est *accordé aux parents en vertu de leur puissance paternelle, dont il est un attribut.* Il est donc, comme cette puissance elle-même, *hors du commerce* ; c'est plutôt *un droit de famille* qu'un droit patrimonial.

On l'a vainement contesté sous prétexte que les textes ne lui attribuent pas expressément ce caractère exceptionnel ; il résulte pour lui de sa nature même. D'ailleurs la loi le reconnaît implicitement en affectant d'employer le nom de « jouissance légale » et d'éviter le mot « usufruit », qui n'apparaît que par accident et dans quelques textes placés hors du siège de la matière, les art. 389, 601 et 730.

***1699. Conséquences.** — De la nature particulière de ce droit de jouissance on tire les conclusions suivantes :

1° Les père et mère ne peuvent pas *céder* leur droit ;

2° Ils ne peuvent pas davantage *l'hypothéquer* en tant qu'il porte sur des immeubles ;

(1) Une question délicate se pose lorsque le testateur qui use de cette faculté est le *prémourant des père et mère.* L'enfant gratifié par lui est son héritier *réservataire*, c'est-à-dire qu'il y a une portion de la succession dont il ne pouvait pas être dépouillé, et dont par conséquent l'époux survivant était sûr d'avoir la jouissance quand l'enfant l'aurait recueillie. On se demande donc si la clause d'exclusion écrite dans le testament contre le conjoint survivant a effet même pour cette portion réservée. C'est l'affirmative qui est en général admise. Le conjoint survivant n'a, avant l'ouverture de la succession, aucun droit acquis sur la succession de son conjoint. Sans doute l'enfant était sûr de recueillir au moins le montant de sa réserve, mais la réserve n'est établie que *dans l'intérêt de l'enfant.* Si cette portion est indisponible, c'est seulement en sa faveur, et les tiers n'en peuvent tirer aucune conclusion à leur profit.

3° Leurs créanciers ne peuvent pas le *saisir* (Bordeaux, 21 févr. 1893, D. 93. 2. 361) (1).

Sur ces trois points l'usufruit légal des père et mère diffère de tous les autres droits d'usufruit qui peuvent être cédés (art. 595), hypothéqués (art. 2118) et saisis (art. 2204);

4° En outre, la loi elle-même les dispense de *donner caution* (art. 601);

5° L'art. 599 est inapplicable aux constructions élevées par les père et mère (Rennes, 24 févr. 1902, S. 1903. 2. 67). Comp. ci-dessous, n° 2870;

6° Les père et mère ne paient aucun droit de mutation.

D. — Charges de la jouissance légale.

***1700. Charges des usufruits ordinaires.** — Par application des règles ordinaires de l'usufruit, les père et mère supportent toutes les charges dont les usufruitiers sont tenus. A ce sujet il faut remarquer que, leur titre étant universel, ils devront contribuer au paiement des dettes de l'enfant, conformément aux art. 610 à 612.

***1701. Charges spéciales de la jouissance légale.** — Il existe pour les père et mère des charges exceptionnelles qui font que cet usufruit leur est donné en quelque sorte à titre onéreux. L'art. 385 énumère ces charges, qui sont :

1° *La nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant selon sa fortune* (art. 385-2°). Cette obligation ne se confond pas avec celle dont les père et mère sont tenus en leur qualité de parents (art. 203) quand l'enfant n'a pas de biens personnels : ces deux obligations sont bien distinctes (2), mais la première dispense de la seconde dans toute la mesure où elle s'exécute; en effet, les parents ne sont tenus de pourvoir par eux-mêmes aux besoins de l'enfant qu'à titre subsidiaire et parce que celui-ci est supposé n'avoir pas de ressources propres. Donc, lorsque l'enfant a des biens personnels, celui de ses parents qui en a la jouissance doit d'abord pourvoir à ses besoins avec les revenus de ces biens; l'autre parent n'en serait tenu qu'au cas d'insuffisance, comme l'usufruitier lui-même pourrait l'être alors sur ses propres biens;

2° *Les intérêts et arrérages des capitaux* (art. 385-3°). Le père (ou la mère) est déjà obligé d'acquitter ces charges en sa qualité d'usufruitier (art. 612); le 3° de l'art. 385 semble donc répéter ici ce qui se trouvait déjà contenu dans le 1° du même texte. Cependant cet alinéa a encore sa valeur propre : comme usufruitiers, les père et mère n'auraient à payer que les intérêts et arrérages *échus pendant leur droit de jouissance*; ceux-là seulement sont à leur charge, d'après l'art. 612, qui correspondent à la période pendant laquelle ils ont reçu les fruits; le 3° de l'art. 385 met en outre à leur charge *tout l'arriéré*, tout ce qui était échu au moment où leur jouissance a commencé;

3° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.* Il ne s'agit pas ici de frais faits pour la personne de l'enfant lui-même, quand il est malade ou quand il meurt. En effet, les frais occasionnés par ses maladies (par toutes, et non pas seulement par la dernière) rentrent évidemment dans les frais d'entretien, dont il est parlé d'une manière générale dans le 2° de l'art. 385; en les mettant ainsi à la charge de l'usufruitier par un texte spécial, la loi aurait parlé pour ne rien dire (Cass., 22 juin 1905, P. et S. 1910. 1. 525). Quant à ses frais funéraires, étant faits après sa mort, ils ne peuvent grever que sa succession. Le sens véritable de cette énonciation de l'art. 385-4° est tout différent : il s'agit de la maladie et de la mort *de la personne à laquelle l'enfant a succédé* et dont le décès donne ouverture au droit de jouissance légale. Telle était la jurisprudence ancienne : plusieurs coutumes avaient,

(1) Toutefois les créanciers de l'usufruitier légal peuvent saisir les fruits et revenus des biens de l'enfant, à mesure qu'ils sont échus ou perçus, parce que, à ce moment, ils entrent dans le patrimoine de l'usufruitier, déduction faite de la part nécessaire à l'entretien de l'enfant (Arrêt de Bordeaux cité au texte).

(2) Il y a une double différence entre les deux obligations dont les parents peuvent être tenus : 1° Comme charge de l'usufruit, l'obligation d'entretenir l'enfant est *spéciale à celui qui a la jouissance des biens*, tandis que l'obligation générale établie par l'art. 203 est *commune aux deux époux*; 2° l'obligation établie par l'art. 385 est *proportionnelle aux revenus de l'enfant*, tandis que celle de l'art. 203 est *proportionnelle aux revenus des parents*.

sur ce point, une disposition formelle, et quand la coutume était muette, comme à Paris, on suivait la même règle. Cette disposition a été empruntée à Pothier (*Garde noble*, n° 94) et doit être expliquée à l'aide de la tradition. Comp. Rennes, 11 janv. 1904, D. 1904. 2. 351.

E. — Cessation de la jouissance légale.

***1702. Causes d'extinction empruntées à l'usufruit ordinaire.** — Le droit de jouissance légale peut prendre fin par des causes de nature variée. On doit signaler d'abord les causes ordinaires de l'extinction de l'usufruit : telles sont *la mort du dernier mourant des père et mère* et *l'abus de jouissance*. Voyez toutefois, sur ce dernier fait, Limoges, 14 mai 1897, S. 1907. 1. 408, en sous-note, et la note de M. Hémard.

***1703. Cessation par la perte de la puissance paternelle.** — D'autres fois la jouissance légale s'éteint parce qu'il se produit un fait qui prive les parents de leur puissance paternelle. Ces faits sont :

1° La *mort de l'enfant* ;

2° Son *émancipation*. L'art. 384 prévoit expressément ce fait ;

3° La *déchéance* du père ou de la mère.

****1704. Causes d'extinction propres à la jouissance légale.** — Enfin il existe pour le droit de jouissance légale trois causes d'extinction qui lui sont propres et qui la font cesser bien que la puissance paternelle dure encore et dans des cas où un usufruit ordinaire subsisterait. Ces causes sont les suivantes :

1° L'*âge de* 18 *ans atteint par l'enfant* (art. 384). D'après le projet du Code civil, le droit de jouissance des parents devait durer jusqu'à la majorité de l'enfant. Bigot du Préameneu exprima la crainte que, pour conserver leur droit le plus longtemps possible, les parents ne refusassent de l'émanciper ou de le marier. Ce fut alors qu'on adopta comme limite extrême, sur la proposition de Cambacérès, le moment où l'enfant accomplit sa dix-huitième année (Fenet, t. X, p. 498) (1).

2° Le *divorce* (art. 386). C'est seulement celui *contre lequel* le divorce a été prononcé qui se voit privée de l'usufruit légal. Par conséquent, si c'est le père, le droit de jouissance passe à la mère ; si c'est la mère, il ne s'opérera pas de dévolution à son profit à la mort du père, mais rien n'est changé provisoirement. Si le divorce a été prononcé aux torts des deux époux, aucun d'eux ne jouira des revenus de l'enfant.

3° Le *défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté*, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1442. Cette cause d'extinction ne peut être expliquée que dans la matière du contrat de mariage.

Il y avait dans l'art. 386 une quatrième cause d'extinction qui résultait

(1) Il en résulte encore pour l'enfant un autre avantage accessoire que les auteurs du Code n'ont probablement pas prévu. C'est que les père et mère n'ont plus le droit de dépenser intégralement les revenus, quand ils sont supérieurs aux frais de son entretien ; par suite l'excédent libre des trois dernières années de la minorité de l'enfant forme une sorte de pécule qui s'ajoute au capital et le grossit d'autant, ou devient une petite masse disponible au moment de la majorité.

du *conseil* de la mère en secondes noces. Elle a été supprimée par une loi du 21 février 1906 (1).

1705. Causes d'extinction à écarter. — Il n'existe pas d'autres causes d'extinction que celles-là. Ni l'inconduite de la mère, même quand elle aurait des enfants naturels nés depuis la dissolution du mariage, ni la faillite du père ne mettent fin au droit de jouissance légale. Il en est de même de l'état d'absence : les revenus des enfants de l'absent restent dans son patrimoine et profitent aux envoyés en possession.

§ 4. — *Administration légale.*

***1706. Définition.** — On appelle « administration légale » le pouvoir d'administrer les biens de l'enfant, quand il en possède, pouvoir qui est confié *par la loi* à son père (art. 389).

Cas ou elle est nécessaire. — Il est rare qu'un enfant mineur ait des biens personnels tant que ses père et mère sont tous deux vivants : ordinairement il ne gagne rien, et quand une succession s'ouvre dans la famille, elle est recueillie par son père ou sa mère, selon la ligne d'où elle vient, les parents étant nécessairement plus proches du défunt que leurs enfants. La première succession qu'un mineur puisse recueillir est celle du premier mourant de ses père et mère. Or, *quand l'un des parents meurt, la tutelle s'ouvre.* Par suite, dans l'immense majorité des cas, il n'y a pas lieu de pourvoir à l'administration des biens d'un mineur avant l'ouverture de sa tutelle. Aussi le projet de l'an VIII n'avait même pas prévu la situation exceptionnelle d'un enfant qui se trouve à la tête d'un actif patrimonial avant d'avoir un tuteur.

Cependant il est possible que l'enfant ait une fortune à lui, du vivant même de ses parents. D'abord il peut recevoir directement une *donation* ou un *legs.* Il peut même acquérir des biens par *succession ab intestat* : il suffit pour cela qu'il ait un frère (ou une sœur) plus âgé que lui, et que ce frère vienne à mourir pendant qu'il est encore mineur, laissant des biens personnels, la succession du défunt se partage entre ses parents et ses frères et sœurs. — C'est dans ces hypothèses qu'il y a lieu de savoir par qui et comment sera administrée la fortune du mineur, la tutelle n'étant pas encore ouverte.

1707. Réforme de 1910. — Le projet déposé en 1881 à la Chambre des députés par M. Cazot, dont il était parlé au n° 1717 des éditions précédentes, est devenu la loi du 6 avril 1910 (*Journal officiel*, du 8 avril), qui a établi une réglementation de l'administration légale. Malheureusement cette loi a démesurément allongé l'art. 389, en lui ajoutant onze alinéas nouveaux, ce qui rend les citations fort difficiles ; il eût mieux valu en faire un texte à part. Voyez sur cette loi l'étude de M. Capitant, *Revue trimestrielle* de 1910, n° 2, et celle de M. L. Rigaud, *Revue de législation*, de Toulouse, 1911.

A. — A qui appartient l'administration légale.

****1708. Attribution aux seuls parents légitimes.** — Le *père légitime* seul en est chargé. Le *père naturel* ne l'a jamais (argument des mots « pendant le mariage » de l'ancien art. 389, et des mots « du vivant des époux », du texte actuel). La mère légitime remplace le père toutes les

(1) Cette loi a-t-elle eu pour effet de rendre la jouissance légale aux femmes remariées antérieurement et qui l'avaient perdue par application de la règle ancienne ? Je ne le pense pas, mais la question pourrait être discutée.

fois que celui-ci est privé de l'administration ; elle a les mêmes pouvoirs que lui et n'a pas besoin d'autorisation maritale.

La loi du 2 juillet 1907 n'a pas accordé le droit d'administration légale aux parents naturels ; elle leur a donné la *tutelle légale*, avec son cortège habituel de restrictions et de précautions, dont l'administration du père légitime est partiellement affranchie.

***1709. Validité des clauses restreignant ou supprimant l'administration légale.** — La personne qui donne ou lègue des biens à l'enfant peut priver les père et mère du droit de les administrer et désigner un tiers pour les remplacer. La jurisprudence, après quelques hésitations, s'est décidée pour la validité de ces clauses (Cass., 9 janv. 1872, D. 72. 1. 128, S. 72. 1. 107 ; Cass., 3 juin 1872, D. 72. 1. 241, S. 72. 1. 273 ; Cass., 31 mai 1881, D. 82. 1. 22). La justification de cette solution est aisée. Celui qui donne aurait pu ne pas donner ; il est donc libre de mettre à sa donation telles conditions qu'il juge à propos d'y insérer, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits que le père exerce *sur la personne* de l'enfant. L'exclusion du père ou de la mère n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ; elle se présente même le plus souvent comme un acte de prudence.

Cette faculté si utile a été expressément reconnue aux tiers par la loi de 1910 (art. 389 nouv., al. 1er). Comp. Code néerlandais (art. 362) et Code allemand (art. 1638). A moins que le disposant n'en ait autrement ordonné, l'administrateur choisi par lui a les mêmes pouvoirs que le père.

B. — Fonctionnement de l'administration légale.

****1710. Lacune du Code civil.** — Jusqu'en 1910, l'administration légale des biens de l'enfant était dépourvue de toute organisation régulière. La loi se bornait à indiquer le principe : le père est administrateur des biens de l'enfant (art. 389) (1), sans donner aucun détail sur ce que le père peut ou ne peut pas faire, ni sur les formes et conditions auxquelles est subordonnée la validité de ses actes. Cette lacune, qui faisait naître des difficultés, a été comblée par la loi du 6 avril 1910.

***1771. Inapplicabilité des règles de la tutelle.** — Un premier point a toujours été certain : c'est que l'administration légale n'est pas une tutelle. C'est précisément pour éviter qu'on assimilât le père à un tuteur que le Tribunat a demandé et obtenu l'insertion de l'art. 389, et pour exprimer cette distinction on a pris l'habitude d'employer comme terme technique les mots *administration légale*, par opposition à « tutelle ».

Il est résulté de là différentes conclusions qui ont été jadis vivement contestées et que a loi de 1910 a confirmées :

1° *Il n'y a pas de conseil de famille* chargé d'assister le père dans son administration et de l'autoriser à agir dans les cas les plus graves (Cass., 3 juin 1867, D. 68. 1. 27, S. 67. 1. 273).

2° *Il n'y a pas de subrogé tuteur*, placé à côté du père pour le surveiller et pour le remplacer au besoin (arrêt précité de 1867 ; Besançon, 24 nov. 1864, D. 64. 2. 195). La subrogée tutelle suppose la tutelle. On peut remarquer d'ailleurs que l'enfant trouve dans la personne de sa mère le meilleur des subrogés tuteurs.

3° *Les biens du père ne sont pas grevés de l'hypothèque légale* qui frappe les biens du tuteur

(1) Cet article ne figurait pas dans le projet ; il a été ajouté au dernier moment sur la demande du Tribunat, qui craignait qu'on ne confondît avec la tutelle cette administration confiée au père.

et qui garantit au pupille le paiement du reliquat de compte que son tuteur pourra lui devoir. L'enfant n'a donc pas de garantie légale contre le père, aucune sûreté particulière n'accompagne l'obligation de rendre compte imposée à celui-ci ; le père n'est même pas astreint à donner caution. En Allemagne, le père est placé, comme un tuteur, sous la surveillance du tribunal des tutelles, et s'il compromet les intérêts de l'enfant, on l'oblige à donner des sûretés dont le tribunal fixe la nature et l'étendue (art. 1668 et 1844 C. civ. all.).

***1712. Pouvoirs relatifs aux actes d'administration.** — Il a toujours été certain que le père, *administrateur* légal des biens de ses enfants, a qualité pour faire seul tous les actes de simple administration (baux, contrats relatifs à l'entretien des biens, remplacement des meubles hors d'usage...), et d'une façon plus générale, tous les actes qu'un tuteur pourrait faire valablement sans autorisation. La loi de 1910 a confirmé et étendu cette solution (al. 6), en disant que le père accomplit *seul* les actes que le tuteur peut faire seul *ou autorisé par le conseil de famille.*

1713. Anciennes controverses sur les actes de disposition. — De graves difficultés s'élevaient à cause du silence de la loi. On se demandait s'il fallait étendre par analogie au père les règles établies pour le tuteur, afin de protéger l'enfant, ou s'il fallait laisser pleine liberté à l'administrateur légal. Voyez principalement *Sirey*, 67. 1. 273 et *Dalloz*, 92. 2. 253. La jurisprudence était hésitante et généralement plus hardie ou plus libérale que la doctrine. Voyez le relevé de ses décisions dans la cinquième édition du *Traité*, nº 1714.

****1714. Système établi en 1910.** — Le but principal du nouvel art. 389 a été de soumettre le père au contrôle de la justice pour les actes importants : il est obligé d'obtenir l'autorisation du tribunal pour les accomplir (art. 389, al. 8). Mais au lieu d'énumérer elle-même ces actes, la loi les indique au moyen d'un renvoi à divers articles du Code civil, du Code de procédure et de la loi du 27 février 1880, applicables au tuteur. Cette façon de légiférer est fâcheuse, parce qu'on risque d'appliquer à une situation déterminée des règles qui sont inutiles ou qui lui conviennent mal. D'après ces textes, le père a besoin de l'autorisation du tribunal lorsqu'il veut :

1º Aliéner les valeurs mobilières au-dessus de 1 500 francs de capital ;

2º Convertir des titres nominatifs au-dessus de ce chiffre en titres au porteur ;

3º Aliéner un immeuble ; la vente doit se faire en justice, conformément aux art. 953 et suiv. C. proc. civ. ;

4º Constituer un droit réel immobilier, ce qui comprend l'hypothèque ;

5º Emprunter ;

6º Transiger. — Mais il résulte du renvoi partiel fait à l'art. 467 que la transaction n'a pas besoin d'être précédée d'un avis de trois jurisconsultes, le second alinéa de cet article étant seul applicable au père.

Tout autre acte peut être fait librement par le père. Toutefois l'acceptation d'une succession ne peut être faite que sous bénéfice d'inventaire, l'art. 461 *in fine* étant étendu au père. Quoique la loi ne le dise pas expressé-

ment, l'administrateur légal peut répudier purement et simplement : il serait inutile de l'obliger à liquider une succession mauvaise ; l'art. 462 est également applicable au père.

1715. Emploi des capitaux. — Le nouvel art. 389, al. 7, oblige le père à faire emploi, en bon administrateur, des capitaux au-dessus de 1 500 francs, mais cette disposition est dépourvue de sanction. Les tiers qui versent entre les mains du père l'argent dû à l'enfant ne sont pas responsables du défaut d'emploi, et personne n'a qualité pour y contraindre le père. Lui seul, d'ailleurs, est juge du *mode d'emploi*, c'est-à-dire du choix des valeurs à acquérir comme placement des fonds. Cependant, quand il s'agit du *prix d'une vente* que le tribunal doit autoriser, le juge peut ordonner le placement de l'argent et prescrire un mode d'emploi déterminé.

1716. Formes de l'autorisation de justice. — L'autorisation dont le père a besoin lui est donnée sur requête, en la Chambre du Conseil, le Ministère public entendu. Si l'autorisation est refusée, il n'y a pas lieu à appel, par extension de l'art. 2 de la loi du 27 février 1880 rendu applicable au père.

1717-1720. Remplacement du père par un administrateur ad hoc. — Dans certains cas, il devient nécessaire de remplacer le père par une autre personne. Ceci arrive : 1° lorsque le père est en conflit d'intérêts avec son enfant ; 2° lorsqu'il y a deux ou plusieurs enfants mineurs ayant des intérêts opposés. Les tribunaux nommaient de tout temps un remplaçant du père ; mais on hésitait sur le titre à lui donner : les uns voulaient en faire un *administrateur*, comme le père ; les autres préféraient nommer un *tuteur ad hoc* (voyez Paris, 1er mars 1901, D. 1902. 2. 90 et les renvois). D'après la loi de 1910 c'est un *administrateur ad hoc* qui doit être nommé ; ce qui n'est pas une question de mots, car les pouvoirs de l'administrateur ne sont pas les mêmes que ceux d'un tuteur.

On discutait également pour savoir par qui devait être nommé l'administrateur *ad hoc* ; quelques-uns voulaient faire intervenir un conseil de famille spécialement réuni à cet effet (Cass., 14 janv. 1878, D. 78. 1. 227, S. 78. 1. 218). Le texte actuel veut qu'il soit nommé par le tribunal, en Chambre du Conseil (al. 4).

C. — Fin de l'administration légale.

***1721. Cassation absolue de l'administration.** — L'administration légale peut cesser pour deux sortes de causes différentes : elle devient inutile tantôt parce que le mineur possède désormais la *capacité* nécessaire pour administrer sa fortune par lui-même, tantôt parce qu'elle est *remplacée par la tutelle*.

Dans la première classe on place la *majorité* de l'enfant, et son *émancipation*.

Au premier cas, l'enfant majeur aura toute liberté pour agir à sa guise. Au second cas, il fera librement les actes de pure administration et, pour les autres, il devra se conformer aux règles établies pour les mineurs émancipés, mais ces règles supposent toujours l'intervention personnelle de l'incapable, de façon à rendre impossible un système de représentation par autrui, comme l'est l'administration légale.

Dans la seconde classe se placeront la *mort de l'un des époux* (art. 390), et la *déchéance de la puissance paternelle* (L. 24 juillet 1889, art. 1 et 10), qui ouvrent la tutelle ; mais il n'y faut pas mettre le *divorce*, qui n'a pas le même effet. Voyez ci-dessous, n° 1724.

***1722. Déchéance personnelle de l'administrateur.** — En outre la loi de 1910 réglemente diverses causes qui font perdre l'administration à celui qui la possède, sans que cette administration prenne fin elle-même. Ces causes sont : 1° l'interdiction ; 2° la nomination d'un conseil judiciaire ; 3° l'état d'absence ; 4° la déchéance prononcée par le juge.

Ce dernier cas de déchéance ne suppose pas la perte totale de la puissance paternelle ; l'administration seule est retirée au père. La déchéance est alors prononcée pour cause grave (fraude ou mauvaise gestion) ; elle a lieu à la demande de celui des parents qui n'est pas investi de cette administration, ou d'un parent ou allié de l'enfant, ou du ministère public (al. 9).

Quand l'une de ces causes de déchéance atteint le père, l'administration légale passe de plein droit à la mère, à moins qu'elle ne soit déchue de la puissance paternelle. Si l'administration appartenait déjà à la mère et que la cause de déchéance se produise en sa personne, la tutelle ne s'ouvre pas, car cette situation peut n'être que temporaire. On nomme un administrateur. L'art. 389 nouveau semble dire que ce sera un administrateur *ad hoc*, comme s'il s'agissait de faire un acte spécial. C'est une erreur : il est nécessaire de nommer un administrateur *permanent* pour la gestion et la surveillance quotidiennes des biens de l'enfant.

1723. Obligation de rendre compte. — L'al. 5 de l'art. 389 ordonne au père d'administrer en bon père de famille et le déclare responsable dans les termes du droit commun. Ces derniers mots sont inexacts et contredisent les premiers : le droit commun n'imposerait au père, gérant non salarié, qu'une responsabilité atténuée (art. 1374 et 1992). Or il répond de toute faute, même légère.

Le père qui a la *jouissance légale* n'a pas à rendre compte des fruits qui lui appartiennent.

Les conditions et les formes du compte à rendre à l'enfant sont réglées par la loi, qui rend applicables au père les art. 469 et 471 à 475 du Code civil. Voyez ces textes expliqués à propos de la tutelle.

1724. Effet du divorce et de la séparation de corps. — La loi de 1910 a tranché d'anciennes hésitations qui embarrassaient la jurisprudence. On se demandait ce que devenait l'administration après le divorce, parce que l'ancien article 389 l'attribuait au père « pendant le mariage ». Le texte actuel la maintient « du vivant des deux époux », malgré le divorce, et la donne à celui des deux parents à qui est confiée la garde de l'enfant, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal.

Cette dernière solution est appliquée à la séparation de corps, pendant laquelle le maintien de l'administration légale n'a jamais été douteux, parce que le mariage existe encore.

Sur la jurisprudence antérieure, voyez D. 1907. 2. 313 et S. 1907. 2. 157, et les renvois.

§ 5. — *Établissement de l'enfant.*

1725. Définition. — Quand leur œuvre est achevée, quand l'éducation de l'enfant est terminée, les parents ont encore une chose à faire : ils doivent l'*établir*. Entendez ce mot de toute espèce d'établissement, soit par mariage, soit autrement (achat d'une étude, d'un fonds de commerce, etc.).

1726. Consentement divers à donner à l'enfant. — Son établissement ne peut parfois se faire qu'avec le consentement de ses parents. C'est ce qui a lieu notamment pour l'établissement par *mariage*, mais ce n'est pas le seul cas. Certaines carrières ou professions ne lui sont ouvertes qu'avec ce consentement. Par exemple, il est nécessaire à l'enfant pour tout *engagement dans l'armée*, tant qu'il n'a pas 20 ans ; l'entrée des écoles militaires est donc soumise à cette condition pour les mineurs.

***1727. Refus de l'action en justice pour l'établissement de l'enfant.** — L'établissement de l'enfant exige souvent des déboursés considérables ; ce n'est plus une simple charge pouvant se prendre sur les revenus, comme lorsqu'il s'agit de son entretien ; c'est le sacrifice d'une partie de leur fortune que les parents ont alors à faire. Ce devoir des parents n'est pas sanctionné par la loi, comme l'est leur obligation de payer les frais annuels d'entretien. L'art. 204 décide que « l'enfant n'a point d'action en justice contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». La loi s'en remet donc sur ce point à l'affection naturelle des parents pour leurs enfants. L'expérience a prouvé que si beaucoup

de parents, loin de rester au-dessous du possible, ont une tendance à exagérer leurs sacrifices, il en est d'autres que l'avarice empêche de faire leur devoir.

La décision du Code n'est d'ailleurs que la reproduction de celle qui était anciennement suivie dans la majorité des pays coutumiers. Dans le Midi, au contraire, ainsi qu'en Normandie, on avait conservé la règle romaine qui permettait à la fille d'exiger une dot de son père (1). La suppression de cette action des filles n'alla pas sans résistances ; elle fut vivement combattue par Malleville. Néanmoins l'article fut adopté. La majorité du Conseil d'État était acquise aux traditions des pays du Nord de la France, où l'on tenait pour maxime « Ne dote qui ne veut ». On crut qu'il y aurait danger à étendre cette obligation stricte à des pays qui ne l'avaient jamais connue, et à forcer le père à venir « déposer son bilan » pour discuter le chiffre de la dot qu'il pouvait donner à sa fille. Du reste, on usait peu de cette action dans le Midi, et les tribunaux qui en réclamèrent le maintien furent en très petit nombre.

§ 6. — *Contrôle de la justice sur l'exercice de la puissance paternelle.*

***1728. Sa nécessité.** — La puissance paternelle n'est point un pouvoir absolu. A côté de la famille, il y a la société, qui a bien aussi sa part de droits et d'intérêts à défendre ; elle doit sa protection aux enfants, et elle a intérêt à ce que ni leur moralité ni leur santé ne soient compromises (2).

La jurisprudence moderne s'est donc reconnu le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle, droit qu'on ne trouve écrit nulle part dans les textes (3), mais qu'il est bien difficile de contester en présence des abus qui se commettent.

***1729. Confirmation du pouvoir des juges par les lois nouvelles.** — Différentes lois, postérieures à 1870, et qui ont eu pour but la protection générale de l'enfance, ne se sont pas laissé arrêter par un respect superstitieux pour la puissance paternelle. Ainsi la loi du 7 décembre 1874, sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, punit le père qui livre son enfant âgé de moins de seize ans à des saltimbanques ou à des vagabonds, ou qui l'emploie lui-même à la mendicité (art. 2 et 3). Les lois qui ont réglementé le travail des mineurs employés dans l'industrie (LL. 22 mars 1841, 19 mai 1874 et 2 nov. 1892) ont encore établi un contrôle intéressant sur un bien plus grand nombre d'enfants, et il y a même ceci de remarquable que ce contrôle est exercé par l'au-

(1) L'habitude d'établir les enfants au moyen d'une dot considérable ou de l'achat d'un fonds est d'origine latine. Elle s'est toujours maintenue en France, et y domine encore nos mœurs. Dans les pays anglo-saxons, les enfants devenus grands sont habitués, beaucoup plus que chez nous, à se tirer d'affaire tout seuls.

(2) Précédents historiques. — Ces idées ont été admises de tout temps. On les voit déjà dans Beaumanoir (*Coutumes de Beauvoisis*, chap. XXI, nos 11 à 17). Une déclaration de Louis XIV, du 8 mars 1704, disait : « Nous avons résolu de conserver à la justice et aux magistrats l'autorité dont ils ont besoin pour réparer les abus que ceux qui exercent cette puissance domestique (sur les mineurs) peuvent en faire en quelques occasions... ». On cite aussi quelques arrêts de divers Parlements qui ont protégé les enfants contre les mauvais traitements du père. Dans un de ses plus célèbres plaidoyers, d'Aguesseau disait : « Quelque grande que soit l'autorité des parents, elle a cependant une autorité supérieure dans la société, et, si les parents sont les premiers juges, leur jugement est toujours soumis à celui des magistrats..., c'est à ceux entre les mains desquels on a remis le dépôt sacré de l'autorité publique, à examiner les différends qui s'élèvent entre les pères et les enfants, comme ceux qui s'élèvent entre les autres citoyens ; et s'ils doivent apprendre aux enfants à respecter ceux dont ils ont reçu le bienfait de la vie, ils doivent aussi écouter leurs justes plaintes et ne pas abandonner les membres de la patrie aux caprices d'un particulier » (*Journal des audiences*, t. VII, liv. V, chap. II).

(3) Lors de la rédaction du Code, on effleura la question de l'intervention des tribunaux. Le Premier Consul demanda « si un fils, parvenu à l'âge de discernement et qui ne reçoit pas une éducation conforme à la fortune de son père, peut se pourvoir et demander à être mieux éduqué » (Fenet, t. X, p. 485). Mais le débat fut ajourné et on n'y revint plus.

torité administrative (le corps des inspecteurs du travail des enfants) et que l'autorité judiciaire n'intervient que pour l'application des pénalités (1).

D'autres lois sont allées plus loin encore. La loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce a attribué aux tribunaux les pouvoirs les plus larges. On peut dire qu'après le divorce l'exercice de la puissance paternelle sur la personne des enfants est entièrement réglementé par la justice (ci-dessus, nos 1276 et suiv.). La loi de 1910 sur l'administration légale place le père sous la surveillance directe du tribunal pour tout ce qui concerne les intérêts pécuniaires de l'enfant. Enfin la loi du 24 juillet 1889, faisant ce que la jurisprudence n'avait pas pu faire, a établi des cas de déchéance véritable et complète de la puissance paternelle, tandis que les tribunaux n'avaient pu que prendre des précautions provisoires, de simples mesures d'ordre, pour préserver l'enfant (2).

1730. Contrôle de la justice hors des cas prévus par les lois. — Les lois qui ont établi un contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle sont toutes relatives à des cas spéciaux : divorce des parents, ou emploi de l'enfant dans des professions dangereuses pour lui. Mais le contrôle de la justice trouve encore à s'exercer dans d'autres cas non prévus par les textes. En voici des exemples :

1° Le père a le droit d'interdire à ses enfants toutes relations avec telle ou telle personne ; mais il ne peut user de ce droit à l'égard des ascendants qu'autant qu'il existe des motifs exceptionnels, et les tribunaux ont à apprécier si les raisons qu'il allègue sont suffisamment graves (Cass., 28 juill. 1891, D. 92. 1. 70, S. 91. 1. 385 ; Cass., 12 févr. 1894, D. 94. 1. 218, S. 94. 1. 240) ;

2° Le tribunal de la Seine a empêché un père de reprendre son enfant malade, soigné gratuitement chez ses grands-parents, parce qu'il ne semblait pas en mesure de lui donner les soins que son état réclamait (15 déc. 1896, D. 99. 3. 104) ;

3° Le père qui refuse de conduire ses enfants chez leur grand'mère une fois par semaine, comme il y a été condamné, commet le délit prévu par la loi du 5 décembre 1901 (Paris, 13 févr. 1903, S. 1903. 1. 279).

Les tribunaux ne se sont pas bornés à surveiller de la sorte l'usage que le père fait de sa puissance, pour en tempérer la rigueur. Dans les cas graves, lorsque l'enfant souffre de la dureté ou de la mauvaise conduite des parents, lorsque sa santé ou sa moralité est mise en péril, ils ont pris des mesures plus hardies. Ils ont enlevé au père ou à la mère la *garde* de l'enfant et pour le préserver des mauvais traitements et des mauvais exemples, ils l'ont confié à une tierce personne. Ils sont même allés parfois jusqu'à priver complètement ses parents du droit de le voir (Cass., 3 mars 1856, D. 56. 1. 290, S. 56. 1. 408 ; Cass., 15 mars 1864 D. 64. 1. 301, S. 64. 1. 155 ; Cass., 4 avril 1865, S. 65. 1. 257 ; Cass., 27 janv. 1879, D. 79. 1. 223, S. 79. 1. 464). Au fond, ces décisions n'étaient pas autre chose que des déchéances partielles de la puissance paternelle. Or, il n'y avait alors aucun texte qui permît aux tribunaux d'aller jusque-là (3). Aussi cette jurisprudence a-t-elle donné lieu à des critiques très vives, surtout de la part de Laurent, défenseur inflexible de la stricte légalité (t. IV, nos 291 et suiv.).

(1) En principe ces lois punissent le patron qui emploie l'enfant, et non le père qui le laisse aller à l'usine ou à l'atelier. Mais elles s'appliquent également au père quand c'est lui qui fait travailler son enfant dans son propre atelier.

(2) La différence entre la *déchéance* proprement dite et le simple *pouvoir modérateur* des tribunaux est souvent méconnue. Elle se trouve pourtant très nettement exposée dans le *Cours de Code Napoléon*, de M. Demolombe (t. VI, n° 369).

(3) L'art. 66 du C. pén. dit bien que l'enfant mineur de 16 ans, acquitté comme ayant agi sans discernement sera, selon les circonstances, remis à ses parents ou envoyé dans une maison de correction ; mais cet article vise une hypothèse exceptionnelle, celle d'un crime commis par l'enfant, tandis que la perte du droit de garde dont il est question au texte ne suppose rien de semblable.

CHAPITRE IV

DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

1731. Bibliographie. — Théoph. Roussel, *Rapport au Sénat*, 1882, n° 451. — Léon Lallemand, *La question des enfants délaissés et abandonnés au XIXe siècle*, Paris, 1885. — Bonjean, *Enfants révoltés et parents coupables*, Paris, 1895. — Lampérière, *La revendication des enfants recueillis par l'Assistance publique*, thèse, Paris, 1910. — Thèses de MM. Drucker, Paris, 1895; Gallois, Paris, 1899. Nombreux articles de Revues et rapports à diverses sociétés qui s'occupent de la protection de l'enfance par MM. Berthélemy, Bregeault, Georges et Maurice Bonjean, Brueyre, Drucker, etc. On en trouvera l'indication dans les thèses et ouvrages précités. Voyez aussi les ouvrages de MM. Leloir, Nourrisson et Taudière, cités au n° 1635 ci-dessus; ainsi que Derouin, Gory et Worms, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, 2e édit., 1905, 2 vol.

A. — Progrès du droit en cette matière.

1732. Insuffisance primitive des textes. — Il n'y avait d'abord dans notre législation qu'une seule cause de déchéance. Elle était réglée par les art. 334 et 335 C. pén. qui frappaient les parents coupables d'avoir excité ou favorisé habituellement la débauche de leurs enfants. Ce n'était pas assez. Le législateur avait été imprévoyant, et la pratique administrative et judiciaire révélait l'étendue du mal : un grand nombre de parents se montraient indignes de la confiance de la loi et maltraitaient ou abandonnaient leurs enfants, ou bien ils les exerçaient au vol, à la mendicité et à la prostitution.

***1733. Jurisprudence.** — Les tribunaux ne se reconnaissaient que des moyens d'action limités; ils prenaient des mesures matérielles pour assurer la sécurité de l'enfant, et n'osaient pas toucher aux droits du père qui étaient écrits dans les textes (ci-dessus, n° 1730 *in fine*).

Vazeilles avait bien proposé un système qui conférait pleins pouvoirs aux tribunaux. Il raisonnait ainsi : les avantages et les droits qui composent la puissance paternelle n'ont pas été accordés au père pour son profit personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant; ils sont subordonnés à des conditions certaines, et ont un but défini. Si ce but n'est pas atteint, si le père manque à son devoir, les pouvoirs qui lui appartiennent n'ont plus de raison d'être, et doivent lui être retirés (*Contrat de mariage*, t. II, n° 431). Le raisonnement était d'une rectitude juridique absolue. C'est ce principe qui régit tous les rapports de droit synallagmatiques. On peut dire qu'il s'imposait. Cependant personne n'a essayé d'en tirer parti; M. Demolombe l'avait combattu, cela a suffi pour qu'on n'y pensât plus.

***1734. Réformes législatives.** — La jurisprudence s'étant avouée impuissante, le pouvoir législatif est intervenu à trois reprises.

1° La loi du 7 décembre 1874, sur les enfants employés dans les professions ambulantes, introduisit trois nouveaux cas de déchéance : *a*) lorsque les père et mère ont livré leur enfant à une personne exerçant une des professions dites *ambulantes* (ces professions sont énumérées dans l'art. 1er de la loi); *b*) lorsque les père et mère auront livré l'enfant à des gens sans aveu faisant métier de la mendicité; *c*) lorsqu'ils les auront employés eux-mêmes à mendier, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'un métier. — La déchéance est *facultative* (« pourront être privés... », dit la loi). Elle n'a lieu, dans ces trois cas, que si l'enfant est âgé de moins de 16 ans.

2° Les dispositions votées en 1874 n'étaient encore que des exceptions. La loi du 24 juillet 1889 s'est engagée hardiment dans la voie nouvelle, et a établi un système complet de déchéances de la puissance paternelle.

3° Plus récemment, la loi du 5 (ou 19) avril 1898, sur la répression des violences et attentats commis envers des enfants, a, à son tour, institué des règles différentes pour quelques cas particuliers.

B. — Déchéance générale (Loi de 1889).

1° Causes de déchéance.

***1735. Classement en deux catégories.** — La loi de 1889 a établi deux sortes de causes de déchéance. Les unes enlèvent *de plein droit* la puissance paternelle aux parents indignes ; les autres autorisent simplement les tribunaux *à la leur enlever par jugement* ; la déchéance est donc *légale* ou *judiciaire*.

***1736. Déchéance de plein droit.** — La déchéance de plein droit est *attachée, comme conséquence légale, à certaines condamnations pénales*. Dans ces différents cas, qui sont prévus par l'art. 1er, les faits relevés contre les parents ont paru si graves que le législateur prononce d'office la déchéance sans laisser ce soin au juge qui les condamne.

Les condamnations qui entraînent déchéance de plein droit sont les suivantes :

1° Toute condamnation pour excitation habituelle de *son propre enfant* à la débauche (cas déjà prévu par les art. 334 et 335 du Code pénal) ;

2° La seconde condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ;

3° Toute condamnation pour *crime* (1) commis sur la personne de l'enfant ;

4° La seconde condamnation pour *délit* commis sur la personne de l'enfant ;

5° Toute condamnation pour *crime* commis en participation avec l'enfant ;

6° La seconde condamnation pour *délit* commis en participation avec l'enfant.

1737. Déchéance facultative. — Dans son art. 2 la loi règle les cas où la déchéance est facultative, c'est-à-dire où elle peut être *prononcée par la justice*. Ces cas sont les suivants :

1° Condamnation à raison d'un crime (autre toutefois que les crimes politiques prévus par les art. 86 à 101 C. pén.) ;

2° Seconde condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants, ou pour vagabondage ;

3° Seconde condamnation pour ivresse publique (L. 23 janvier 1873, art. 2) ;

4° Toute condamnation par application de la loi du 7 décembre 1874 (professions ambulantes). Cette loi a établi trois cas de déchéance (ci-dessus, n° 1734-1°), qui sont simplement mentionnés pour mémoire dans la loi plus générale de 1889 ;

5° Première condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. La

(1) Il est bon de rappeler, pour l'application de la loi de 1889, qu'un crime est réputé crime ou délit selon la peine *inscrite dans la loi* comme lui étant applicable d'après ses éléments constitutifs reconnus par les juges (art. 1 C. pén.). Peu importe que, par suite de l'admission de circonstances atténuantes à son profit, le coupable ait été frappé d'une peine moindre. Cette atténuation judiciaire de la répression ne modifie pas le caractère légal de l'infraction, qui reste un crime, bien que puni d'une peine correctionnelle, ou un délit, bien que puni d'une peine de simple police.

seconde entraînera déchéance de plein droit si les juges n'ont pas usé de leur pouvoir après la première ;

6° Envoi de l'enfant dans une maison de correction en vertu de l'art. 66 C. pén. ;

7° En dehors de toute condamnation, lorsque les père et mère, par leur *ivrognerie habituelle*, leur *inconduite notoire* et *scandaleuse* ou par de *mauvais traitements*, compromettent soit la *santé*, soit la *sécurité*, soit la *moralité* de leurs enfants (1). — Ce dernier paragraphe est la disposition capitale de la loi, son innovation la plus remarquable, parce qu'il est susceptible d'un grand nombre d'applications (2).

***1738. Portée des innovations contenues dans la loi.** — On remarquera que parmi les cas assez nombreux visés par la loi de 1889 il en est plusieurs qui existaient auparavant. Pour les uns, la loi se borne à un simple rappel (loi de 1874). Pour d'autres, elle ajoute à la législation antérieure ; ainsi, dans les hypothèses prévues par les art. 66 et 334 C. pén., la déchéance était beaucoup moins complète qu'elle ne l'est aujourd'hui ; le texte nouveau est plus compréhensif que ceux qui existaient avant lui.

Pour les faits les plus graves (crimes), la loi se contente d'une condamnation unique, tandis que pour les délits elle exige en général deux condamnations successives. Ce qui crée alors le danger pour l'enfant, c'est l'habitude du père dans la criminalité.

2° Étendue de la déchéance.

***1739. Perte totale des attributs de la puissance paternelle.** — Il est certain que les rédacteurs de la loi ont entendu établir une déchéance *complète* de la puissance paternelle (voyez la note dans DALLOZ, 97. 2. 57). Les seuls droits qu'ils aient voulu réserver aux parents déchus, sont, d'une part le droit au respect (art. 371), principe purement théorique qui ne produit pas de conséquences légales, et d'autre part le droit aux aliments (art. 205), fondé sur un motif d'humanité qui subsiste toujours, quelle que soit l'indignité des parents. D'ailleurs ce dernier droit dérive de la *parenté* et non de la *puissance paternelle*. La réserve qu'en fait l'art. 1er en termes formels était donc inutile (3). Quant à la liste d'articles donnée par la loi, il faut la prendre seulement comme indicative, et non comme limitative. Le texte nous le dit lui-même : « Sont déchus de la puissance paternelle, ensemble de *tous les droits* qui s'y rattachent, *notamment* ceux énoncés aux articles... » Il n'y a donc rien à conclure des quelques omissions qu'on y rencontre.

TEXTES VISÉS PAR LA LOI. — Voici d'abord les articles spécialement visés :

C. civ., art. 108. Domicile légal du mineur chez son père.

— art. 141. Dévolution de la puissance paternelle à la femme en cas d'absence du mari.

(1) On doit considérer comme mauvais traitement compromettant la santé de l'enfant le fait de le laisser manquer des choses nécessaires à la vie (Grenoble, 13 juill. 1892, D. 93. 2. 267, S. 93. 2. 92).

(2) Les tribunaux font un très large usage du pouvoir arbitraire qui leur est ainsi conféré. Ainsi, en 1897, sur 1112 cas de déchéance, il y en a eu 43 seulement de légales et 1069 facultatives, dont 991 ont été prononcées en dehors de toute condamnation pénale (Rapport du garde des sceaux, *Journal officiel* du 7 juill. 1900. — Comp. *Journal officiel* du 13 décembre 1901).

(3) Pour la même raison, la déchéance de la puissance paternelle laisse subsister le droit de *successibilité réciproque*, qui est fondé sur la parenté et qui ne peut se perdre que par l'effet de l'indignité (art. 727).

C. civ., art. 148, 150, 151. Consentement au mariage de l'enfant.
— art. 346, 361. Consentement nécessaire à l'enfant pour son adoption, ou pour l'établissement d'une tutelle officieuse.
— art. 372. Principe général soumettant l'enfant à l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.
— art. 373 à 383. Droit de faire incarcérer l'enfant.
— art. 384 à 387. Droit de jouissance légale.
— art. 389. Administration légale du père.
— art. 390. Tutelle légale.
— art. 391. Droit pour le père de nommer à sa femme survivante un conseil de tutelle.
— art. 397. Droit de désigner par testament le tuteur de l'enfant, accordé au survivant des père et mère.
— art. 477. Droit d'émanciper l'enfant.
— art. 935. Droit d'accepter au nom de l'enfant les donations qui lui sont offertes.

Loi du 22 février 1851 (appelée à tort *décret* par la loi nouvelle), art. 3. Droit de mettre l'enfant en apprentissage.

Loi du 27 février 1872, art. 36, actuellement remplacé par l'art. 50 de la loi du 21 mars 1905. Droit de consentir à l'engagement volontaire de l'enfant avant vingt ans.

Textes omis. — Voici ceux qui ont été omis :

L'art. 158, qui étend aux *enfants naturels* l'obligation établie par les art. 148, 150 et 151 pour les enfants légitimes, de demander le *consentement* de leurs parents avant de se marier.

Les art. 1398 et 1095, qui accordent aux parents le droit de régler le *contrat de mariage* de leurs enfants et d'autoriser les *donations* qui y sont contenues. Mais ces articles sont de plein droit inapplicables aux parents déchus, puisqu'ils supposent des personnes ayant qualité pour autoriser le mariage, et que cette autorité leur manque désormais.

Le décret du 3 brumaire an IV, signalé ci-dessus au n° 1665.

Les décrets de 1809 et 1810, qui exigent jusqu'à 21 ou 25 ans, suivant le sexe, le consentement des parents pour l'entrée de l'enfant dans les *ordres religieux*.

Les art. 9 et 10 C. civ., qui exigent le consentement des parents pour le changement de nationalité de l'enfant mineur.

1740. Extension donnée aux anciens cas de déchéance. — On comprend maintenant dans quel intérêt la loi nouvelle a fait figurer parmi les cas de déchéance qu'elle énumère ceux qui étaient déjà établis par les lois antérieures : elle en a considérablement augmenté la portée. Ainsi l'art. 66 C. pén. ne faisait perdre aux parents que le droit de garder l'enfant et de diriger son éducation ; l'art. 335 C. pén. ne leur enlevait que les « droits et avantages à eux accordés par le titre IX du Livre 1er du Code civil », de telle sorte que tous les articles non compris dans ce titre continuaient à leur être applicables. Aujourd'hui la déchéance est complète.

1741. Perte générale de la puissance paternelle sur tous les enfants. — On discutait à propos de l'art. 335 C. pén. pour savoir si la déchéance était limitée à l'enfant qui avait été victime du délit, ou si elle s'étendait à ses frères et sœurs. La loi nouvelle tranche le débat : « Sont déchus... *à l'égard de tous leurs enfants ou descendants* », dit l'art. 1er. Comp. Douai, 8 mai 1893, D. 83. 2. 401, S. 93. 2. 120.

1742. Application de la déchéance aux ascendants. — Remarquons que la loi nouvelle est applicable non seulement aux père et mère, mais à tous les *ascendants*. Toutefois à ceux-ci elle ne peut faire perdre que le droit de consentir au mariage de leurs descendants, avec ses conséquences en ce qui concerne le contrat de mariage (art. 1398 et 1095), ainsi que le droit insignifiant d'accepter les donations au nom de l'enfant.

3° Conséquences de la déchéance.

***1743. Dévolution de la puissance paternelle.** — Lorsque c'est le père qui est déchu et que la mère vit encore, la déchéance du père n'a pas pour effet nécessaire la dévolution de la puissance paternelle à la mère. L'art. 9, al. 3, de la loi réserve aux tribunaux le droit de décider, dans l'intérêt de l'enfant, si la mère exercera ou non ses droits sur lui. Lorsque cette dévolution lui est refusée, la tutelle s'ouvre. Quand cette dévolution a lieu, elle se produit pour les *enfants à naître* aussi bien que pour les enfants déjà nés (art. 9, al. 3).

La loi a prévu le cas où le père, déchu de sa puissance, contracterait un nouveau mariage, duquel il naîtrait un ou plusieurs enfants, et elle réserve alors à la seconde femme le droit de se faire attribuer sur ces enfants, qui sont les siens, la puissance paternelle que le père ne peut pas exercer (art. 9, al. 4).

1744. Ouverture de la tutelle. — Quant à la question de savoir de quelle manière sera protégé l'enfant soustrait à la puissance paternelle, lorsque la dévolution ne s'en fait pas au profit de la mère, nous la retrouverons à propos de la *tutelle* et de l'*assistance* de l'enfance, en dehors desquelles il est impossible de l'étudier. Cela ne fait plus partie de la théorie de la puissance paternelle. Disons seulement qu'en 1899, sur 1 059 cas de déchéance, les enfants ont été confiés dans 32 cas à la mère, dans 201 cas à un tiers, et dans 722 cas à l'Assistance publique (*Journal officiel*, 13 décembre 1901).

4° Restitution de la puissance paternelle.

1745. Conditions et formes. — La déchéance de la puissance paternelle n'est pas irrémédiable et définitive. Le père ou la mère déchus ont le droit de demander au tribunal que l'exercice de cette puissance leur soit restitué (L. 1889, art. 15). La procédure est réglée par l'art. 16.

Lorsque la déchéance qui les a frappés résultait d'une condamnation pénale, l'action en restitution ne leur est ouverte qu'autant qu'ils ont obtenu leur *réhabilitation*, bénéfice qui efface les effets de la condamnation et jusqu'au souvenir même de l'infraction.

Lorsque la déchéance a été prononcée par le tribunal civil sans que les parents aient encouru de condamnation pénale, l'action ne peut être exercée que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé leur déchéance est devenu irrévocable (L. 1889, art. 15).

C. — Déchéance partielle (Loi de 1898).

1746. Hésitations primitives de la jurisprudence. — Dans les premiers temps de son application, la loi du 24 juillet 1889 sembla vouée à un échec fâcheux. Beaucoup de tribunaux hésitaient à s'en servir, parce qu'il leur semblait que le remède était souvent hors de proportion avec le mal ; ils auraient voulu ne prononcer parfois qu'une *déchéance relative*, concernant un seul ou quelques-uns des enfants, et laisser au père ou à la mère tous leurs droits relativement à leurs autres enfants, envers lesquels ils n'avaient point de torts graves ; ils auraient voulu surtout ne prononcer, comme autrefois, que des *déchéances partielles*, n'enlevant aux parents que le droit de garde et leur laissant les autres attributs de la puissance paternelle. Quelques tribunaux s'abstenaient de prononcer la déchéance ; d'autres, se voyant autorisés à prononcer une déchéance complète, crurent pouvoir, à plus forte raison, ordonner des mesures d'une gravité moindre et en déterminer l'étendue selon les circonstances, par application de cette idée que « qui peut le plus peut le moins » (Trib. Rennes, 18 sept. 1891, D. 94. 2. 393 ; Paris, 12 févr. 1894, D. 94. 2. 534). Mais la jurisprudence s'est fixée en sens contraire ; elle admet : 1° que la déchéance est nécessairement *totale* et qu'elle s'applique à tous les droits qui composent la puissance paternelle (Poitiers 21 juill. 1890, D. 91. 2. 73 ; Paris, 15 déc. 1898, D. 99. 2. 57, P. et S. 99. 2. 57) ; 2° qu'elle est *générale* et s'étend à tous les enfants du père indigne (Douai, 8 mai 1893, D. 93. 2. 401).

Voyez aussi les notes de M. de Loynes, D. 90. 1. 233 ; 91. 2. 75 ; 94. 2. 393. Comp. Bourcart, *Sirey*, 91. 2. 17, et la note D. 99. 2. 57.

1747. Système de la loi de 1898. — La loi du 5 avril 1898 présente un tout autre caractère que la loi de 1889. C'est une loi *pénale*, qui, par une dérogation remarquable aux principes antérieurs, est venue donner à des *juridictions répressives* le droit de statuer sur la puissance paternelle. C'est le juge d'instruction d'abord et, après lui, le tribunal ou la cour saisi des poursuites, qui prononce sur les mesures à prendre, tandis que, d'après la loi de 1889, c'est le *tribunal civil* qui prononce la déchéance.

De plus, on a tenu compte, dans cette loi, des hésitations de la jurisprudence. La déchéance est *facultative* ; la loi de 1898 n'a pas établi de nouveaux cas de déchéance de plein droit.

Enfin, et surtout, la loi permet aux magistrats de ne prononcer qu'une *déchéance partielle* contre les parents indignes en se bornant à leur enlever le *droit de garde* pour confier l'enfant soit à un parent, soit à une personne charitable, soit à l'Assistance publique, ou une *déchéance relative*, n'atteignant qu'un seul enfant, si les parents n'en maltraitent qu'un seul. C'est donc un système beaucoup plus souple que celui de la loi de 1889 ; on a voulu éviter l'écueil qu'avait rencontré la loi précédente.

Cas d'application. — Les cas prévus par la loi du 5 avril 1898 sont les suivants :

1° Les *blessures* ou *mauvais traitements*, ce qui comprend la privation d'aliments et le défaut de soins ;

2° L'*abandon*, dans un lieu solitaire ou non ;

3° La *remise de l'enfant* à des vagabonds ou à des saltimbanques.

Conciliation avec la loi de 1889. — La loi de 1898 n'a pas eu pour effet d'abroger l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1889 qui établit les cas de déchéance totale.

Sur la conciliation des deux lois, il y a deux observations à faire :

1° La loi de 1898 ne s'applique qu'au cas où il y a eu *crime* ou *délit* ; elle est donc moins large que la loi de 1889, qui permet d'enlever la puissance paternelle, *en dehors de toute condamnation*, aux père et mère qui, par leurs habitudes d'ivrognerie et d'inconduite, compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. Il résulte de cette discordance entre les deux lois que dans ces derniers cas, qui sont les moins graves puisque la loi pénale n'intervient pas, les parents sont traités plus durement au point de vue civil et sont frappés d'une déchéance totale (Paris, 15 déc. 1898, D. 99. 2. 57) ;

2° La loi de 1898 étant avant tout *une loi pénale*, on n'a donné compétence, pour prononcer la perte du droit de garde, qu'*aux seules juridictions répressives*. Il en résulte qu'un tribunal civil n'est pas appelé à prononcer cette déchéance partielle quand l'occasion s'en présente devant lui (Trib. civ. de Béziers, 2 août 1902, D. 1904. 2. 185).

D. — Maintien du contrôle des tribunaux

1748. Pouvoir des juges en cas de déchéance facultative. — Les tribunaux ont été obligés de s'incliner devant la volonté du législateur et de reconnaître que la déchéance est nécessairement totale, *quand elle est encourue* ; il semble, en effet, que la rigidité du système de déchéances établi en 1889 ait été dirigée *contre les tribunaux*, comme si le législateur s'était défié d'eux et avait redouté leur indulgence. Mais ils restent toujours juges, dans les cas de déchéance facultative, du point de savoir *s'il y a lieu à déchéance*. Par suite, s'ils reconnaissent que la déchéance ne doit pas être prononcée, ils peuvent se borner, comme autrefois, à surveiller et à réglementer l'*exercice* de la puissance paternelle, en cas d'abus ; les atteintes ainsi portées à la prérogative des parents ne sont pas des déchéances, et on peut aller assez loin dans cette voie. Voyez-en un exemple intéressant dans Paris, 8 févr. 1912, D. 1912. 2. 273 et ma note.

III. — La tutelle.

1749. Bibliographie. — MAGNIN, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, 1842, 2 vol. in-8°. — FRÉMINVILLE, *Traité de la minorité et de la tutelle*, 1846, 2 vol. in-8°. — PASCAUD, *De l'organisation de la tutelle des mineurs*, 1904, in-8°. — SALEILLES, *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, 1883. — Pierre CHAVEGRIN, *De la protection de la fortune mobilière des mineurs en droit comparé*, thèse, Paris, 1907. — A. GAUCHET, *La tutelle des enfants naturels*, thèse, Paris, 1909. — Spécialement sur la loi du 27 février 1880, voir les Commentaires de MM. BRESSOLLES, Toulouse, 1881 ; BUCHÈRE, 1882 ; COULET, 2e édit., 1884 ; DEFRÉNOIS, 2e édit., 1887, etc. — Renseignements plus complets dans le *Répertoire* de CARPENTIER, t. 36, p. 303.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

****1750. Définition et caractères.** — La tutelle est une *fonction juridique confiée à une personne capable* et qui consiste à *prendre soin de la personne d'un incapable* et à *administrer ses biens.*

Il ne faut pas définir la tutelle une *charge légale*, ni faire figurer dans sa définition le caractère *obligatoire* qui lui appartient d'ordinaire. La tutelle n'est pas toujours *forcée* ; elle est parfois *volontaire* (C. civ., art. 361 et 394 ; L. 24 juillet 1889, art. 10).

La tutelle est aujourd'hui une *institution de pur droit privé.* On ne peut donc plus la définir, comme à Rome : « munus publicum », alors qu'elle avait un caractère semi-politique et qu'elle se rattachait à l'organisation de la cité.

1751. Extension progressive de la tutelle. — En droit romain, la tutelle avait été établie pour la protection des *impubères*, et elle n'avait lieu que pour eux. Pendant leur minorité, les pubères se trouvaient en curatelle. Quand la distinction entre l'impubère et le pubère mineur s'est effacée, la même forme de protection s'est tout naturellement étendue à ces deux sortes d'incapables, la tutelle s'est confondue avec la curatelle, et ainsi s'est formée notre *tutelle des mineurs* (1). Mais ce n'est pas tout : la loi française moderne emploie également la tutelle comme mode de protection des *aliénés interdits.* Nous retrouverons cette application de la tutelle à propos de l'interdiction ; pour le moment, il ne sera question que de la tutelle des mineurs.

***1752. Coexistence possible de la tutelle et de la puissance paternelle.** — La tutelle est la forme que revêt la protection légale des mineurs lorsque la puissance paternelle fait défaut ; son rôle est essentiellement *supplétif.* Le tuteur est destiné à remplacer les père et mère qui sont des tuteurs naturels, les premiers et les meilleurs de tous. Il semble donc que la tutelle ne devrait pas coïncider avec la puissance paternelle. En droit romain, cela ne se voyait jamais : l'enfant n'était mis en tutelle qu'autant qu'il était *sui juris*, c'est-à-dire libéré de la *patria potestas.* En droit français, il arrive assez fréquemment qu'un mineur se trouve soumis à la fois à la puissance paternelle et à la tutelle. Ce changement ne paraît pas remonter très haut. Au XIIIe siècle encore, on s'en tenait à l'idée romaine que la tutelle n'a de raison d'être que pour remplacer la puissance paternelle (2). L'idée d'une tutelle organisée dès le décès de l'un des parents, et alors que l'autre est encore vivant,

(1) Sur la maxime ancienne « Tuteur et curateur n'est qu'un », qui exprime cette différence entre notre droit et le droit romain, voyez LOYSEL n° 180.

(2) D'après Beaumanoir, le mineur (sous aagié) est d'abord en *bail* ou en *garde*, selon sa condition et la nature de ses biens et ce n'est qu'à défaut de parents disposés à accepter la garde (laquelle n'est pas obligatoire) que la tutelle est organisée (XVII, 2).

paraît être venue d'une confusion entre le titre de tuteur et la fonction de gérant du patrimoine d'autrui. Par sa nature primitive, la puissance paternelle ne comporte pas le pouvoir de gérer les biens de l'enfant, puisque son principe est l'impossibilité de l'existence d'un patrimoine propre à l'enfant, tout ce qui est acquis par le « filius » ou la « filia » devenant la propriété du « pater » ; de son côté, le tuteur n'avait point à prendre soin de la personne du pupille et toute sa mission concernait les biens. On en vint donc naturellement à considérer que le père ou la mère survivant acquiert la qualité de tuteur, dès qu'il a à gérer un patrimoine appartenant à ses enfants, c'est-à-dire dès que son conjoint est décédé (1). — Pour les enfants naturels, ce concours des deux formes de protection est la situation normale (L. 2 juillet 1907).

1753. Système allemand. — Tutelle ordinaire. — La tutelle a reçu en Allemagne une organisation très différente de la nôtre. D'après les idées allemandes, la protection des mineurs appartient principalement à l'État, qui l'exerce au moyen d'un tribunal spécial, le *tribunal des tutelles*. Ce n'est que par exception que cette puissance est déléguée au conseil de famille, dont le rôle est beaucoup plus effacé qu'en France ; il n'en est nommé un que dans des cas déterminés (voyez ci-dessous, n° 1772). Sur les attributions du tribunal des tutelles, voyez C. civ. all., art. 1837 et suiv. Le tuteur est obligé de lui rendre un *compte annuel* de sa gestion (*ibid.*, art. 1840) ; en outre, le tribunal peut *en tout temps* lui demander des renseignements sur l'état des affaires de l'incapable (*ibid.*, art. 1839). Enfin il peut user contre le tuteur de contraintes au moyen d'amendes allant jusqu'à 300 marks. — Il existe, en outre, dans chaque commune un *conseil des orphelins*, chargé de surveiller spécialement la personne des mineurs (art. 1779 ; art. 1849 et suiv., C. civ. all.).

Le juge des tutelles est personnellement responsable envers l'enfant s'il manque à ses devoirs (art. 1674, 1848, etc., C. civ. all.). En revanche, la nomination d'un *subrogé tuteur* n'est pas indispensable comme en France ; très souvent elle n'a pas lieu. Voyez l'art. 1792, C. civ. all.

Tutelle libre. — La loi allemande permet au père d'affranchir le tuteur de la surveillance du subrogé tuteur et même de celle du tribunal des tutelles (C. civ. all., art. 1852). C'est ce qu'on appelle la *tutelle libre* (befreite Vormundschaft). Il peut le dispenser aussi de consigner les titres au porteur.

***1754. Les agents de la tutelle.** — La tutelle est un mécanisme à trois rouages : 1° le *conseil de famille*, qui délibère et en qui réside en réalité la puissance tutélaire (2) ; 2° le *tuteur*, qui agit ; 3° le *subrogé tuteur*, qui surveille le tuteur et qui le remplace au besoin. On pourrait donc comparer la tutelle à un petit gouvernement, ayant son assemblée délibérante et son pouvoir exécutif, et doté d'une sorte de censeur.

Mentionnons les dispositions de la loi de finances du 26 janvier 1892, art. 12, qui dispense de tous droits les actes nécessités par la tutelle des indigents. *Adde*, L. 2 juillet 1907, art. 3, al. final.

(1) Cette adjonction de la qualité de tuteur à celui des deux parents qui a survécu et qui conserve la puissance paternelle est déjà manifeste, au commencement du XIVe siècle, dans la *Très ancienne coutume de Bretagne* : « Le père est *tutour naturel*, et (ses enfanz) ne doivent avoir d'autre tutour pour tant que il se portege bien en ses autres besoignes... » (Chap. 77). Comp. chap. 68, où il est dit que la mère peut être tutrice de ses propres enfants.

(2) Depuis 1907, c'est le tribunal civil qui fait fonction de conseil de famille pour les enfants naturels (ci-dessous, n° 1801 *bis*).

CHAPITRE PREMIER

OUVERTURE DE LA TUTELLE

§ 1. — *Moment où elle s'ouvre.*

A. — Enfants légitimes.

***1755. Cause normale d'ouverture.** — Le décès de l'un des parents est, pour les enfants légitimes, le fait qui ouvre ordinairement la tutelle. Aussi est-ce par lui que la loi commence. L'art. 390 règle la tutelle en se préoccupant d'abord du cas où il y a « dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle... de l'un des époux ».

Quand la tutelle s'ouvre pour cette première cause, elle rencontre presque toujours, à côté d'elle, la puissance paternelle appartenant au survivant des parents. On a vu (ci-dessus, n° 1752) que cette coexistence des deux institutions protectrices des mineurs était un fait relativement nouveau dans l'histoire de la tutelle.

1756. Législations étrangères. — A l'étranger, les Codes les plus récents tendent à admettre que la tutelle est inutile tant que la puissance paternelle subsiste (1). Ainsi le *Code italien* n'ouvre la tutelle qu'autant que les père et mère sont tous deux décédés : « se ambidue i genitori sono morti... » (art. 241). C'était aussi ce que proposait Laurent en *Belgique* (Avant-projet, art. 385). En *Espagne*, la tutelle n'a lieu que pour ceux « qui ne sont pas soumis à la puissance paternelle » (art. 199). Il en est de même en Allemagne (art. 1773 et 1864 combinés).

1757. Tutelle des posthumes. — Il arrive quelquefois que la mort du père n'ouvre pas immédiatement la tutelle. C'est ce qui arrive pour les *enfants posthumes*, lorsque la mère est enceinte au moment de la mort de son mari. La tutelle ne peut pas être organisée immédiatement, puisqu'il n'y a pas encore d'enfant et qu'on ne sait pas si celui qui est attendu naîtra vivant et viable. La tutelle ne s'ouvrira qu'à la *naissance de l'enfant*. En attendant la loi établit pour ce cas exceptionnel une institution spéciale : le conseil de famille doit nommer *un curateur au ventre* (art. 393).

***1758. Déchéance du père.** — La déchéance encourue par le père devrait avoir pour effet la dévolution de la puissance paternelle à la mère. Cependant la loi du 24 juillet 1889 veut que le tribunal examine si la mère doit être admise à exercer cette puissance (art. 9), et, si le tribunal l'en juge indigne, la tutelle s'ouvre (art. 10 et 11).

1759. Divorce. — Le divorce ne fait perdre par lui-même à l'époux coupable que l'usufruit légal (art. 386) et le droit de garde (art. 302), mais les causes qui l'ont rendu nécessaire pourront être assez graves pour que le tribunal se décide à prononcer la déchéance facul-

(1) La vérité est que la puissance paternelle des temps modernes n'est elle-même que le pouvoir tutélaire attribué en première ligne aux parents (elterliche Gewalt), et que son organisation ne doit différer de celle de la tutelle que par des nuances, plus fortes toutefois que celles qui existent entre les diverses sortes de tutelles.

tative, en vertu de la disposition finale de l'art. 2 de la loi de 1889, pour ivrognerie, inconduite ou mauvais traitements. En ce cas seulement il pourra y avoir ouverture de la tutelle, mais ce sera par suite de la déchéance du père.

Après le divorce des parents, la tutelle des enfants ne s'ouvre donc pas immédiatement, lorsqu'il y en a un des deux qui est jugé digne de conserver la puissance paternelle. En ce cas, la tutelle s'ouvre seulement au décès du premier mourant des père et mère.

1760. Absence. — L'absence n'ouvre jamais la tutelle. Si c'est la mère qui disparaît, rien n'est changé à l'état antérieur ; le père continue à exercer la puissance paternelle, comme auparavant. Si c'est le père, l'exercice de la puissance paternelle est dévolu à la mère, et la tutelle ne s'ouvre pas (art. 141). L'art. 142 décide pourtant qu'il y a lieu de nommer un tuteur à l'enfant par l'effet de l'absence, mais il statue en vue du cas où l'autre parent est déjà *décédé* : la tutelle est donc déjà *ouverte*, et il s'agit seulement de savoir si on remplacera immédiatement le survivant des époux qui l'exerçait, et qui a disparu. C'est un cas de *dévolution* de la tutelle, et non pas d'*ouverture*.

Deux hypothèses sont distinguées par le texte :

1° Disparition du père, la mère étant déja décédée. — En ce cas, la tutelle était déjà ouverte, et c'est le père qui était tuteur légal des enfants. Sa disparition laisse la tutelle vacante en fait. L'art. 142 veut qu'on attende six mois avant d'y pourvoir ; quand ces six mois seront expirés, le conseil de famille déférera provisoirement la tutelle, soit aux ascendants les plus proches, soit à un autre personne de son choix. — Sur ce texte on doit remarquer deux choses :

a) La dévolution provisoire de la tutelle au profit des ascendants ne se fait pas de plein droit, ce qui est un défaut d'harmonie dans la loi dû à un changement de rédaction ; d'après le projet du Code, la tutelle n'était jamais attribuée de plein droit aux ascendants ; c'était le conseil de famille qui désignait un tuteur pris parmi eux ; quand on se décida à abandonner ce système, on modifia la rédaction des art. 402 et suiv., mais on oublia de remettre l'art. 142 d'accord avec ces nouvelles dispositions. On devrait en conclure que cet article s'est trouvé implicitement modifié.

b) La charge dévolue à l'ascendant choisi par le conseil de famille, que la loi appelle « la surveillance des enfants », est une véritable *tutelle provisoire*, comme le montrent les derniers mots de l'art. 142.

2° Décès de la mère après la disparition du père. — Tant que la mère a vécu, elle a exercé la puissance paternelle à la place du père (ci-dessus, n°s 1647-3° et 1708). Son décès ouvre la tutelle, laquelle est attribuée au père par la loi ; mais le père étant en état d'absence, il y a lieu d'appliquer la disposition déjà expliquée pour le cas précédent. Le texte est du reste le même pour ces deux hypothèses (art. 142).

1761. Incapacité physique. — L'incapacité du père, survenue par suite de folie ou d'infirmités, fait seulement passer en fait à la mère l'exercice de la puissance paternelle ; c'est une cause de suspension temporaire, qui cesse d'elle-même avec les circonstances qui l'ont fait naître.

B. — Enfants naturels.

1762. Silence du Code et opinion doctrinale. — Le Code Napoléon, déjà très bref sur les enfants naturels quand il s'agit de la puissance paternelle, était tout à fait muet quand il s'agit de leur tutelle, et son silence avait fait naître bien des questions. Entre autres difficultés provenant du silence de la loi, on se demandait à quel moment s'ouvre la tutelle des enfants naturels. En général, la doctrine décidait que, si les choses se passaient régulièrement, les enfants naturels devraient être mis en tutelle dès leur naissance (Dalloz, *Suppl.*, v° Minorité, n° 28).

***1763. Situation en pratique.** — En fait, les choses ne se passent pas ainsi et il est très rare qu'un enfant naturel soit pourvu d'un tuteur. On ne lui en donne un que lorsqu'il a des biens, parce qu'alors l'organisation d'une administration régulière devient absolument nécessaire. Cela arrive lorsque l'un de ses parents, ordinairement son père, est décédé,

lui laissant tout ou partie de sa fortune (1). Jusque-là la puissance paternelle suffit. Cette pratique est conforme à une manière de voir très répandue, qui considère la puissance paternelle comme étant exclusivement une puissance sur la personne, et la tutelle comme une simple administration du patrimoine.

1764. Jurisprudence. — La Cour de cassation s'était prononcée en faveur de la pratique et contre la doctrine. Elle décidait que *la loi n'a pas fixé l'ouverture de la tutelle des enfants naturels*, afin de laisser aux parents, aux autres intéressés, au juge de paix lui-même, le soin d'organiser cette tutelle *quand l'intérêt de l'enfant ou celui des tiers l'exige* (Cass., 10 nov. 1896, D. 99. 1. 209, S. 97. 1. 321).

***1765. Réforme de 1907.** — La loi du 2 juillet 1907 n'a pas tranché expressément la question ; mais, d'une part, elle a déclaré les textes du titre de la tutelle applicables aux enfants naturels ; d'autre part, elle attribue compétence au tribunal civil du lieu où se trouvait le domicile du parent investi de la puissance paternelle « au moment où il a reconnu son enfant » (art. 389, al. nouveau). Cette façon de déterminer la compétence implique que la tutelle est légalement ouverte dès ce moment.

C. — Enfants secourus par l'administration ou par des particuliers.

1766. Enfants recueillis dans les hospices. — Il existe pour ces enfants, quelle que soit leur qualité, une cause particulière d'ouverture de la tutelle : c'est l'*abandon* de leur personne par leurs parents (L. 15 pluviôse an XIII ; L. 27 juin 1904, art. 6).

1767. Tutelle officieuse. — Cette tutelle exceptionnelle, qui est constituée en vue d'une adoption projetée, peut s'ouvrir du vivant même des deux parents, par une sorte de *convention* entre les père et mère de l'enfant et le tuteur officieux (art. 361).

§ 2. — *Du lieu d'ouverture de la tutelle.*

***1768. Son importance.** — Le *lieu d'ouverture* de la tutelle est, non pas l'endroit où se réalise le fait qui y donne lieu, mais celui où il faudra se placer pour l'organiser. La détermination de ce lieu a une grande importance parce qu'il est *attributif de compétence* pour le juge de paix chargé de convoquer le conseil de famille.

***1769. Sa détermination.** — D'après l'art. 406, la tutelle s'ouvre *au domicile du mineur*, c'est-à-dire au lieu où se trouve son domicile légal *au jour où se produit le fait qui le met en tutelle.* Or l'enfant est domicilié chez son père, à moins qu'il ne s'agisse d'un enfant naturel qui n'a été reconnu que par sa mère, auquel cas il a le domicile de sa mère. C'est ce lieu dont il est parlé dans l'art. 407 : « la commune où la tutelle sera ouverte. » Comparez la disposition très précise ajoutée à l'art. 389 par la loi du 2 juillet 1907, pour le lieu d'ouverture de la tutelle des enfants naturels.

(1) Déjà avant 1896, il était possible que le père lui laissât sa fortune entière, s'il avait eu soin de ne pas reconnaître sa paternité, et s'il n'avait pas d'héritier à réserve. Depuis 1896, l'enfant est fréquemment appelé par la loi elle-même à recueillir toute la succession et lorsqu'il y a des héritiers venant en concours avec lui, ceux-ci peuvent être écartés par testament, sauf l'effet de leur réserve quand ils en ont une. Voyez t. III, nº 2948.

CHAPITRE II

DU CONSEIL DE FAMILLE

***1770. Définition.** — Le conseil de famille est une *assemblée* composée, autant que possible, de *parents et d'alliés du mineur*, et qui est *présidée par un juge de paix*. Il n'existe que pour les enfants légitimes (ci-dessous, nº 1801 *bis*).

1771. Origine. — L'institution du conseil de famille nous vient des pays coutumiers (1); elle était à peu près inconnue dans les provinces méridionales. Dans les pays de coutume même, cette institution était loin d'avoir le développement et l'importance que lui a donnés le Code civil. C'est à peine si Pothier en parle à propos de la nomination du tuteur datif et de l'aliénation des immeubles (*Des personnes*, nºs 151 et 172. — Comp. Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 48). Cependant, dans quelques provinces, il existait des textes spéciaux. Voyez, pour la Normandie, le *Règlement des Tutelles*, arrêt du Parlement du 7 mars 1673 (publié ordinairement à la suite des éditions de la Coutume), et pour la Bretagne, l'*Édit des tutelles*, de décembre 1732, dans la grande édition de la *Coutume* par Poullain du Parc, t. III, p. 346. Comp. Poullain du Parc, *Principes*, t. I, p. 233.

1772. Législations étrangères. — Le conseil de famille, qui paraît bien être une institution d'origine française, existe dans diverses législations étrangères, non seulement en *Belgique*, où le texte français est encore en vigueur, mais en *Italie* (C. civ., art. 249 et suiv.) et en *Espagne* (C. civ., art. 261, 269, 293 et suiv.).

En *Allemagne*, le conseil de famille est réduit à un rôle accessoire. En principe, la surveillance des tuteurs est confiée à l'autorité judiciaire; c'est le tribunal de bailliage qui, sous le nom de *tribunal des tutelles*, exerce les fonctions dévolues chez nous au conseil de famille; c'est lui qui nomme le tuteur et le destitue, qui le surveille et lui donne les autorisations dont il a besoin. Le nouveau Code civil allemand a conservé le conseil de famille, mais à titre de simple auxiliaire : 1º si le père ou la mère l'a ordonné (art. 1858); 2º si le tribunal des tutelles le juge utile (art. 1859). On y a surtout recours lorsque le mineur a des intérêts engagés dans le commerce ou dans l'industrie, et qui exigent les connaissances techniques des gens du métier.

En *Hollande*, on a ad is une organisation intermédiaire entre le système français et le système allemand : le conseil de famille existe de plein droit et dans toute tutelle; mais son rôle est moindre qu'en France. Le juge peut se passer de l'avis des parents pour nommer le tuteur datif (art. 416), et c'est encore le juge qui donne au tuteur les autorisations dont il a besoin pour agir, l'avis des parents n'étant demandé que dans un petit nombre de cas et à titre consultatif (art. 446, 447, 451, 454, etc.).

§ 1. — *Composition du conseil de famille.*

***1773. Variabilité de sa composition.** — Le conseil de famille n'est pas un corps permanent ayant une composition fixe. C'est une réunion organisée en vue d'une séance déterminée. Ses membres peuvent donc changer d'une séance à l'autre, soit par l'effet du déplacement du domicile

(1) Voyez par exemple la *Très ancienne coutume de Bretagne* (chap. LXVI et LXXI) parlant du « conseil des amis, des prochains amis ». « Amis » signifiait jadis « parents ».

de l'un d'eux, soit par la variété des choix opérés par le juge de paix parmi ceux qui remplissent les conditions voulues pour en faire partie.

***1774. Controverse.** — La détermination du lieu où doit être formé le conseil de famille a une grande importance, parce que les membres du conseil doivent être pris sur place ou dans un rayon déterminé à l'entour. La loi n'a pas statué d'une façon expresse sur la question. En doctrine, l'opinion dominante veut que pendant toute la durée de la tutelle, le conseil de famille soit invariablement convoqué *au lieu où la tutelle s'est ouverte*. On prétend que le Code a implicitement consacré cette solution dans les art. 406 et 407 en parlant du lieu du domicile du mineur et du lieu où la tutelle s'est ouverte, mais les auteurs du Code ne se sont occupés du conseil de famille dans ces deux textes que d'une manière incidente à propos du choix du tuteur à faire au moment où la tutelle vient de s'ouvrir. Il est clair qu'à ce moment le lieu d'ouverture de la tutelle et le domicile du mineur sont au même endroit; l'hypothèse d'un changement de domicile du mineur n'est pas entrée dans leur esprit. On force donc la portée de ces deux textes par la conséquence qu'on en tire, quand on décide que le conseil de famille doit être indéfiniment réuni à son lieu d'origine, en quelque lieu que soit ensuite transporté le domicile du mineur. La doctrine est cependant presque unanime en ce sens. On ne trouve guère à signaler comme dissidents que LAURENT (t. IV, nos 117 et suiv.) et HUC (t. III, nos 299 et suiv.).

***1775. Jurisprudence.** — La jurisprudence a résolu la question par une distinction. S'agit-il de l'*organisation de la tutelle*, c'est-à-dire de statuer sur la nomination, le remplacement ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur? Alors le conseil de famille doit, à toute époque, être convoqué *au lieu d'origine de la tutelle*, quel que soit le changement survenu depuis dans le domicile du mineur, domicilié chez son tuteur actuel (Nancy, 1er juill. 1853, D. 54. 2. 234; Cass., 2 mars 1869, D. 69. 1. 199, S. 69. 1. 151; Metz, 31 mai 1870, D. 70. 2. 194, S. 74. 2. 107) (1).

S'agit-il, au contraire, de l'*administration du tuteur*, quand il faut l'autoriser à faire un acte de gestion, la jurisprudence française admet que le conseil de famille peut être convoqué *au lieu où se trouve actuellement le domicile du mineur*, c'est-à-dire chez son tuteur (Cass., 4 mai 1846, D. 46. 1. 129, S. 46. 1. 465, et les arrêts cités dans DALLOZ, *Répert.*, vo Minorité, no 214) (2).

1776. Disposition de la loi italienne. — Le Code civil italien contient sur ce point une disposition qu'il pourrait être utile d'adopter en France : le domicile du conseil de famille (c'est ce que nous appelons le domicile de la tutelle), qui est établi en principe à l'endroit où se trouve le siège principal des affaires du mineur, peut être transféré dans un autre ressort, par un jugement du tribunal, si le tuteur est domicilié au loin ou s'il déplace son domicile (art. 249).

(1) La raison qui a décidé la jurisprudence est la crainte des fraudes. Il a paru trop dangereux de laisser au tuteur un moyen de se soustraire au contrôle vigilant des parents les plus proches en allant s'établir au loin. Mais quand on a fondé sur cette raison le principe nouveau de l'*immutabilité du domicile de la tutelle*, on a sans doute perdu de vue que le juge de paix a un moyen de déjouer cette fraude en usant de son droit de convoquer les proches parents à quelque distance qu'ils habitent.

(2) Voyez cependant les motifs d'un arrêt de Nancy, 28 juill. 1865. D. 66. 5. 477, S. 66. 2. 227. — La Cour de cassation belge s'est prononcée d'une manière absolue pour l'immutabilité du domicile de la tutelle (Cass. belge, 7 mai 1833, DALLOZ, *Suppl.*, t. X, p. 674, note 3; S. 85. 4. 10). Il est certain que, du moment où l'on admet le principe, la distinction que l'on fait en France n'a pas grande raison d'être.

1777. Effet des irrégularités dans la composition du conseil. — Le Code n'a pas prononcé la nullité des délibérations prises par un conseil formé en dehors des conditions légales. La jurisprudence en a profité pour se reconnaître un certain *pouvoir d'appréciation.* Les tribunaux recherchent avant tout pour quelle raison le juge de paix s'est écarté des règles : s'il n'y a pas eu fraude et si les intérêts du mineur ont été sauvegardés, ils valident la délibération ; ils l'annulent dans le cas contraire (jurisprudence constante : Chambéry, 19 janv. 1886, D. 87. 2. 161, S. 88. 2. 16 ; Cass., 18 juill. 1904, D. 1904. 1. 552 ; Cass., 29 avril 1903, S. 1903. 1. 348).

Cependant il y a des irrégularités si graves qu'elles semblent devoir vicier la délibération en toute hypothèse. Ainsi *l'existence juridique* du conseil de famille serait *détruite* si l'on s'était passé de la présence du juge de paix, ou s'il n'y avait eu que deux ou quatre membres, ou si l'on n'avait appelé que des femmes.

Il y a encore une autre cause d'irrégularité : c'est la convocation du conseil dans une commune autre que celle où il aurait dû être réuni. Il y a alors *incompétence du conseil*, et cette incompétence doit entraîner la nullité de ses décisions (Cass., 17 déc. 1849, D. 50. 1. 76, S. 50. 1. 239 ; Cass., 2 mars 1869, D. 69. 1. 199, S. 69. 1. 151. Voy. cependant Nancy, 28 juill. 1865, 66. 5. 477, S. 66. 2. 227).

****1778. Composition du conseil.** — Le conseil se compose :

1° Du *juge de paix* du canton, qui est son président, et qui a voix prépondérante en cas de partage (art. 416) ;

2° De *six parents*, *alliés* ou *amis* (art. 407). Toutefois cette limitation de nombre n'est pas applicable aux ascendants, aux ascendantes veuves (1), aux frères germains majeurs et aux maris des sœurs germaines, qui sont tous appelés au conseil, en quelque nombre qu'ils soient (art. 408).

***1779. Égalité entre les deux lignes.** — Les deux lignes, paternelle et maternelle, doivent avoir un nombre égal de voix parce qu'on suppose qu'elles ont des intérêts opposés. Lorsque l'une d'elles fait défaut, ou est insuffisamment représentée, on ne peut pas recourir aux parents de l'autre ligne pour compléter le conseil. On y appellera des personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec les père et mère du mineur. Voyez les art. 407 et 409.

1780. Choix des membres. — C'est le juge de paix qui *compose* le conseil, c'est-à-dire qui désigne les personnes appelées à y siéger. A cet égard la loi lui impose quelques règles. Dans chaque ligne, il doit s'attacher à la proximité du degré ; à égalité de degré la loi préfère le parent à l'allié ; entre parents ou entre alliés de même degré, elle préfère le plus âgé, parce qu'il a plus d'expérience (art. 407 et 408). La loi a voulu éviter aux parents appelés à faire partie du conseil de famille des déplacements trop onéreux. Elle veut donc que les membres du conseil soient, autant que possible, pris *dans la commune* ou dans un rayon de *deux myriamètres* (art. 407). Les motifs de cette règle disent assez qu'on doit s'attacher à la résidence, et non au domicile proprement dit quand la résidence en est distincte.

Lorsque le juge de paix ne trouve pas, dans le voisinage, des parents ou alliés en nombre suffisant pour former le conseil, il peut le compléter en appelant, à son choix, des *amis* de la famille domiciliés dans la commune, ou des parents ou alliés domiciliés *au dehors*, quelle que soit la distance (art. 409).

Cependant, lors même qu'il y aurait à proximité un nombre suffisant de parents ou d'alliés, le juge de paix peut citer *des parents ou alliés domiciliés au loin*, pourvu qu'ils soient

(1) L'art. 408 dit à tort « veuves d'ascendants ». La veuve d'un ascendant n'est pas appelée au conseil si elle n'a pas elle-même la qualité d'ascendante, par exemple la seconde femme du père ou du grand-père.

plus proches ou de degré égal (art. 410). Il peut y avoir avantage sérieux à faire venir au conseil des gens pleins d'affection pour le pupille, plutôt que des indifférents.

1781. Conseil de famille des enfants naturels. — Pour les enfants naturels, le conseil ne pouvait être composé que d'amis, ou du moins les parents qu'on y appelait n'y figuraient pas à titre de parents. La loi du 2 juillet 1907 a supprimé le conseil de famille des enfants naturels (ci-dessous, nº 1801 *bis*).

1782. Enfants assistés. — Le conseil de famille est remplacé pour les enfants assistés par la commission des sept membres nommée par le Conseil général (L. 27 juin 1904, art. 12.).

1783. Causes d'exclusion. — Ne peuvent faire partie du conseil de famille :

1º Les mineurs, excepté la mère, dans les cas où elle n'a pas la tutelle ;

2º Les interdits ;

3º Ceux qui ont, ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une notable partie de ses biens sont compromis ;

Ces trois premières causes d'exclusion sont réglées par l'art. 442.

4º Les condamnés à une peine criminelle (art. 443 C. civ. ; 34-4º C. pén.) ;

5º Les individus déchus de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889, art. 8) ;

6º Les individus exclus ou destitués d'une tutelle (art. 445). La loi n'entend parler dans cet article que des exclusions prononcées pour inconduite notoire, incapacité ou infidélité.

Ces trois causes d'exclusion de la tutelle ne sont pas par elles-mêmes des causes d'exclusion du conseil de famille ; elles ne le deviennent qu'autant que l'individu a déjà été, à cause d'elles, exclu ou destitué en qualité de tuteur.

Les femmes, qui étaient autrefois exclues des conseils de famille, y sont aujourd'hui admises (L. 20 mars 1917, ci-dessous, nº 1843).

§ 2. — *Fonctionnement du conseil de famille.*

****1784. Importance de ses attributions.** — Les attributions du conseil de famille sont nombreuses.

C'est lui d'abord qui *nomme le tuteur*, toutes les fois qu'il n'y a pas de tuteur *légal* ou *testamentaire* (art. 405) ; c'est toujours lui qui *choisit le subrogé tuteur* (art. 420).

Il a le droit de prononcer, sauf recours devant la justice, la *destitution* ou l'*exclusion* du tuteur, quel qu'il soit, et du subrogé tuteur (art. 446).

Il a la haute main sur les *affaires pécuniaires du pupille* : c'est lui qui règle le budget de la tutelle (art. 454 et 455) et il peut se faire rendre des comptes annuels par le tuteur (art. 470). Ce dernier ne peut faire sans son autorisation aucun acte grave, comme une vente d'immeubles, une constitution d'hypothèque, une transaction, etc. (art. 447, 461 à 465 et 467 ; L. 27 février 1880, art. 1er).

C'est le conseil de famille qui décide les *principaux actes intéressant la personne du pupille* ; c'est lui qui consent à son *mariage* (art. 160), ou qui autorise le tuteur à y faire *opposition* (art. 175) ; lui encore qui *émancipe* le mineur (art. 478) ou qui décide si l'émancipation doit lui être retirée (art. 485) ; lui qui l'autorise à se placer sous *la tutelle officieuse* d'une personne qui veut l'adopter (art. 361) ; lui enfin qui permet au tuteur de demander son incarcération (art. 468). C'est donc bien réellement le con-

seil qui est investi de la puissance tutélaire ; le tuteur n'est qu'un agent d'exécution, soumis à son contrôle.

1785. Progrès réalisé par le Code. — A ce point de vue, il existe une différence notables entre les textes du Code et l'ancien droit. Le rôle du conseil de famille s'est accru. Pothier ne le faisait intervenir que dans les cas extrêmement rares de son temps, où il était nécessaire d'aliéner un « héritage », par exemple pour éviter une saisie (*Des personnes*, nº 172). Comme cet acte dépassait les pouvoirs du tuteur il ne pouvait se faire qu'avec l'avis de la famille et l'autorisation du juge. Le Code civil a considérablement développé l'application de ce principe ; il a multiplié les cas d'intervention du conseil de famille et précisé les actes pour lesquels son autorisation est requise.

A. — Convocations.

1786. Qui les fait. — C'est le *juge de paix* qui doit convoquer le conseil et celui-ci ne peut se réunir sans avoir été régulièrement convoqué. Voyez toutefois Paris, 4 août 1849, D. 50. 2. 191.

Le juge de paix convoque le conseil tantôt *d'office*, tantôt sur réquisition. Il agit d'office dans les cas où la loi le lui ordonne (art. 406, 421, 446, etc.), mais il est reconnu qu'il a le droit de le faire toutes les fois qu'il le juge utile aux intérêts du mineur.

1787. Droit de réquisition. — Le droit de *requérir* la convocation du conseil, c'est-à-dire d'obliger le juge de paix à la faire, a été accordé par la loi à certaines personnes qui ne sont pas toujours les mêmes. Cela dépend de l'objet de la réunion. S'agit-il de faire nommer un tuteur? Le droit de réquisition appartient à tous les parents du mineur, à ses créanciers, et d'une façon générale à tout intéressé (art. 406 et 421). Ajoutez le subrogé tuteur, s'il y en a un de nommé (art. 424). S'agit-il de faire destituer le tuteur en exercice? Ce droit n'appartient plus qu'aux parents et alliés du mineur, jusqu'au degré de cousin germain et au subrogé tuteur (art. 446). En outre, au cours de la tutelle, le tuteur a toujours le droit de demander la réunion du conseil lorsqu'il a besoin d'être autorisé pour faire un acte de gestion.

Toute autre personne, y compris le *ministère public*, n'a que le droit de *dénoncer* au juge de paix le fait qui rend nécessaire ou utile la réunion du conseil, et le juge de paix, ainsi averti, conserve toute liberté d'appréciation (art. 406).

1788. Forme et délai des convocations. — Les membres du conseil doivent être convoqués *par citation d'huissier*. En pratique, pour éviter des frais, on se contente souvent d'un simple *avertissement* par lettre.

Quant au délai, il doit être de trois jours au moins entre le jour de la citation et celui de la réunion. Ce délai s'augmente avec la distance à raison d'un jour par 5 myriamètres pour les personnes domiciliées au loin (art. 411 et art. 1033 C. proc. civ. cbnés).

1789. Forme et sanction de la comparution. — Les membres absents peuvent se faire représenter par un mandataire ; il n'est pas nécessaire que la procuration soit authentique, mais il faut qu'elle soit spéciale. Le même mandataire ne peut représenter qu'une seule personne, afin de ne pas diminuer outre mesure le nombre de votants. Par suite, un membre n'en peut représenter un autre (art. 412).

Le défaut de comparution au jour fixé entraîne une amende de 50 francs au plus, prononcée sans appel par le juge de paix (art. 413). Le minimum de l'amende n'est pas fixé ; elle peut donc être abaissée jusqu'à 1 franc. D'ailleurs l'amende n'est encourue que si la citation a eu lieu dans la forme régulière, par exploit d'huissier. En cas d'absence d'un membre, le juge de paix peut *ajourner* l'assemblée ou la *proroger* (art. 414).

B. — Séances et délibérations.

1790. Lieu et forme des séances. — Le conseil se réunit chez le juge de paix, c'est-à-dire à son tribunal, ou dans tout autre lieu fixé par lui (art. 415).

Les séances ne sont pas publiques, et le greffier ne peut pas délivrer d'expédition de leurs procès-verbaux aux tiers.

1791. Conditions des votes. — Une décision ne peut être prise que si les *trois quarts* au moins des membres convoqués sont *présents* ou *représentés* (art. 415).

Les décisions sont prises à la *majorité absolue*, c'est-à-dire à la moitié des voix, plus une. La loi, il est vrai, n'exige pas cette condition : elle est cependant nécessaire malgré le silence des textes, parce que la majorité relative n'est pas une majorité et ne pourrait suffire que si un texte formel l'avait autorisée.

1792. Cas de partage. — Quand il se forme deux opinions ayant chacune un nombre égal de voix, la majorité est acquise à l'opinion pour laquelle le juge de paix a voté, parce que la loi donne à celui-ci *voix prépondérante en cas de partage* (art. 416). Mais la loi n'a pas prévu le cas où il se formerait *plus de deux opinions*, et où aucune d'elles ne réunirait la majorité absolue. Si chacun s'obstine dans son avis, on se trouve dans une impasse, et les textes ne fournissent aucun moyen sûr d'en sortir. La seule ressource est l'ajournement de la question ; le temps et la réflexion amèneront peut-être quelques-uns des membres à changer d'avis ; sinon, le juge de paix aura encore une chance d'obtenir une majorité, en composant autrement le conseil : dans une assemblée aussi peu nombreuse, il suffit souvent d'éliminer un membre pour changer le résultat.

Toutes les fois que le conseil de famille n'est pas unanime, l'avis de chacun de ses membres doit être mentionné dans le procès-verbal (art. 883 C. proc. civ.).

***1793. Caractère variable des décisions du conseil.** — Les décisions du conseil de famille s'appellent « délibérations ». Le Code de procédure, dans l'intitulé d'un de ses titres, leur donne aussi le nom d' « Avis de parents » (IIe partie, liv. I, tit. 10). Les décisions du conseil de famille sont tantôt de simples *avis*, tantôt des *décisions* véritables. La distinction à faire est celle-ci : Lorsque le conseil est *consulté par le tuteur*, sa volonté doit être suivie ; ce sont des *autorisations* qu'il donne, de telle sorte que s'il refuse, le tuteur ne peut passer outre, et l'acte projeté est impossible, sauf l'effet des recours dont il sera parlé ci-après. Au contraire, lorsque le conseil est *consulté par le tribunal*, ce n'est qu'un simple *avis* qu'on lui demande, qui peut éclairer, mais non lier les magistrats. Ces cas sont exceptionnels : interdiction du pupille (art. 494 et 514 C. civ. ; 892 et 893 C. proc. civ.) ; délation judiciaire de la tutelle d'un enfant abandonné (L. 14 juill. 1889, art. 13) ; réduction de l'hypothèque légale (art. 2143 C. civ.) ; rectification de l'acte de naissance (art. 856 C. proc. civ.).

C. — Homologation des délibérations par justice.

***1794. Définition.** — En principe, les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes. Cependant, dans les cas les plus graves, la loi veut que sa décision soit *homologuée* par le tribunal civil. L'homologation est une approbation donnée par l'autorité judiciaire. Le tribunal ne peut qu'accorder ou refuser son approbation ; il ne peut pas *modifier* la décision qui lui est soumise. Ce serait se substituer au conseil de famille dans la gestion de la tutelle, et s'il le faisait il y aurait lieu à cassation pour *abus de pouvoir* (Cass., 9 fév. 1863, D. 63. 1. 85, S. 63. 1. 113).

1795. Formes. — L'homologation est donnée en la *Chambre du conseil* ; l'art. 458 le dit pour les autorisations d'emprunter ou d'aliéner, mais la règle est générale. La loi ne veut pas que la décision soit discutée et prise à l'audience publique, parce que cela pourrait nuire au mineur en faisant connaître aux tiers l'état de ses affaires, ou compromettre le succès de l'opération projetée, en révélant le genre d'avantage qu'on en attend. Le ministère public doit être entendu. L'appel est possible (art. 889 C. proc. civ.), sauf dans certains cas prévus par la loi du 27 février 1880.

D. — Recours contre les décisions du conseil.

1796. Recours pour vice de forme. — Il faut bien admettre qu'il peut y avoir nullité, quoique la loi ne l'ait jamais prononcée. Est-ce qu'il y aurait un conseil de famille

sans la présence du juge de paix? Et si on n'avait appelé que deux personnes, si on n'avait appelé que des femmes, verrions-nous là encore un conseil de famille? Il y a donc des irrégularités si graves qu'elles détruisent l'existence juridique du conseil. Mais on ne peut pas dire, en sens inverse, que la nullité devra toujours être prononcée, quelle que soit l'irrégularité commise. Ainsi, si on a appelé un parent plus éloigné au lieu du parent plus proche, ou un allié au lieu d'un parent, si on n'a pas respecté le délai de trois jours pour la convocation du conseil, il serait bien inutile d'annuler la délibération, alors surtout qu'il n'y a aucun soupçon de fraude et que les intérêts du mineur n'ont pas été lésés. Comme principe, cette distinction paraît très claire, mais quand on passe aux applications, on rencontre beaucoup de cas douteux, et la jurisprudence est souvent contradictoire (voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, § 96, aux notes 22 à 28).

1797. Recours au fonds. — Il a lieu lorsque la décision est *préjudiciable aux intérêts du pupille*, ou prétendue telle (Cass., 8 nov. 1893, S. 94. 1. 91). Il soulève, lui aussi, de graves difficultés. On se demande d'abord quelles délibérations sont susceptibles de ce recours. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les délibérations *sujettes à homologation* et les autres ; même quand l'homologation n'est pas requise, un recours au fond peut être formé contre la décision prise par le conseil.

La plupart des auteurs veulent faire exception pour deux catégories de délibérations. En premier lieu celles par lesquelles le conseil statue sur le *mariage* ou l'*émancipation* du pupille : on le considère alors comme substitué au père pour exercer sur la personne du pupille un pouvoir domestique que le père lui-même aurait exercé souverainement. En second lieu, tout recours est refusé contre une délibération par laquelle le conseil exerce son pouvoir d'*organisation de la tutelle* : quand il nomme un tuteur ou un subrogé tuteur, conserve ou retire la tutelle à la mère survivante lorsqu'elle se remarie, confirme ou invalide le choix fait par elle d'un tuteur testamentaire. (Montpellier, 13 juin 1866, D. 68. 1. 162, S. 67. 2. 114 ; Angers 11 nov. 1875, D. 76. 2. 31, S. 76. 2. 168 ; Rouen, 27 juill. 1891, S. 92. 2. 53 ; Cass., 23 juin 1902, D. 1902. 1. 347, S. 1902. 1. 385). Quelle serait alors l'utilité d'un recours? Ce pouvoir a été accordé au conseil de famille et non au tribunal, qui ne pourrait substituer son choix à celui de la famille.

Beaucoup d'arrêts ont admis le recours contre toutes les délibérations du conseil de famille *sans exception*, même pour les nominations de tuteur, même pour le règlement des intérêts moraux ou religieux (arrêts nombreux, cités dans Dalloz, *Suppl.*, v° Minorité, n° 172. Les plus récents sont : Paris, 19 nov. 1887, D. 88. 2. 176, S. 88. 2. 29 ; Dijon, 14 janv. 1891, D. 91. 2. 223 ; Caen, 13 déc. 1897, D. 98. 2. 505, S. 98. 2. 64.). La solution paraît conforme aux intentions des auteurs du Code de procédure ; il a été dit que l'art. 883 serait un *complément utile* du système du Code civil, en organisant « *une surveillance combinée du conseil de famille et de la justice* pour tous les cas, même pour la nomination du tuteur » (Rapport des commissaires du gouvernement au Corps législatif). L'arrêt du 23 juin 1902 précité, rendu sur les conclusions de M. le P. G. Baudoin, modifiera peut-être cette jurisprudence.

Il y a certainement lieu à recours lorsque le conseil prononce une exclusion ou une destitution (art. 448).

1798. Condition du recours. — L'art. 883 C. proc. civ., qui organise ce recours, ne vise que les délibérations *qui n'ont pas été prises à l'unanimité* : il le dit formellement dans son al. 1er, qui ordonne de mentionner dans le procès-verbal l'avis de chacun de ses membres et l'al. 2, qui parle du recours, se réfère naturellement à la même hypothèse. C'est aussi ce que semblent admettre la plupart des arrêts, qui constatent que la délibération attaquée n'avait pas été unanime. Cependant la doctrine décide, en général, que le recours est possible, même contre une délibération unanime, de la part du tuteur ou du subrogé tuteur, et même de la part des membres du conseil qui auraient changé d'avis (Aubry et Rau, t. I, § 96, note 8 ; Laurent, t. IV, n° 469 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Minorité, nos 173-174). Et il y a eu quelques arrêts en ce sens (Colmar, 14 févr. 1840, Dalloz, *Répert.*, v° Minorité, n° 252 ; Caen, 13 déc. 1897, D. 98. 2. 505, S. 98. 2. 64) ; mais voyez en sens contraire Trib. Rouen, 2 juin 1891, Dalloz, *Suppl.*, t. X, p. 680, note 1.

1799. Personnes pouvant agir. — Ces divers recours peuvent être exercés par le

tuteur, par le subrogé tuteur et par les membres du conseil de famille, même par ceux qui auraient voté la délibération. Ils ne peuvent pas être liés par le vote qu'ils ont émis, parce qu'il ne s'agit pas de leurs intérêts personnels, mais de ceux du pupille. Le juge de paix seul n'a pas qualité pour se pourvoir ; à raison de ses fonctions, il doit se tenir à l'écart de ces débats. Quant aux parents qui n'étaient pas appelés à faire partie du conseil, ils sont considérés comme dépourvus de tout titre pour agir.

1800. Formes et délai du recours. — Lorsque l'on veut agir, on peut se contenter de former une *opposition à l'homologation*, quand celle-ci est demandée. Si l'homologation n'est pas nécessaire, ou si elle a déjà été accordée, le recours doit être exercé, non sous forme d'appel, mais *par voie d'action*, et l'instance doit être dirigée contre ceux des membres du conseil qui ont été d'avis de la délibération (art. 883 C. proc. civ.). Il n'y a d'exception que pour le cas de destitution du tuteur : c'est le subrogé tuteur qui doit être assigné, si le tuteur destitué veut se faire maintenir en fonctions (art. 448).

Aucune prescription spéciale n'a été établie pour ces recours. La loi a pensé sans doute qu'ils seront toujours, en fait, exercés immédiatement, c'est-à-dire avant que la décision du conseil n'ait reçu son exécution.

E. — Responsabilité des membres du conseil.

1801. Fondement et étendue. — Le Code ne contient aucune disposition à cet égard, mais les principes généraux suffisent pour affirmer que cette responsabilité existe et pour en déterminer l'étendue. Chacun répond toujours de son *dol*, et la *faute lourde* est assimilée au dol. Les membres du conseil de famille seraient donc pécuniairement responsable envers le mineur, s'ils avaient, par exemple, nommé un tuteur notoirement insolvable ou incapable, s'ils avaient autorisé des ventes d'immeubles ou des placements de capitaux de façon à compromettre d'une manière évidente les fonds du pupille, etc. « Il est bon, dit Laurent, de leur faire comprendre que ce n'est pas pour la forme qu'ils se réunissent, et qu'ils doivent remplir leurs fonctions sérieusement. »

§ 3. — *Suppression du conseil de famille des enfants naturels.*

***1801** *bis*. **Rôle du tribunal civil.** — Les enfants naturels n'ont pas de famille, pas de parents légalement connus, en dehors de leurs père et mère ; leur conseil de famille ne pouvait être composé que d'amis ou de voisins, et cette « assemblée d'indifférents » n'inspirait aucune confiance. Aussi l'a-t-on écarté, pour le remplacer par le tribunal civil. La loi du 2 juillet 1907, dans l'alinéa ajouté à l'art. 389 et qui attribue la tutelle légale aux parents naturels, décide que les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels *par le tribunal civil de première instance* du lieu d'ouverture de la tutelle. Ce tribunal statue en chambre du conseil, après avoir entendu ou appelé le père ou la mère de l'enfant. Il est saisi soit sur la requête de l'un des parents, soit sur la requête du ministère public. Il peut même statuer d'office (même alinéa).

La loi n'a organisé aucune voie de recours contre la décision du tribunal. Il y a lieu d'admettre que l'appel est possible, comme s'il s'agissait d'une homologation (art. 448 C. civ. et art. 889 C. proc. civ.). En ce sens Cass., 3 mai 1909, D. 1912. 1. 105.

CHAPITRE III

DU TUTEUR

§ 1. — *Nomination du tuteur.*

****1802. Différents modes de désignation des tuteurs.** — Tous les tuteurs ne tiennent pas leurs pouvoirs de la même source. Les uns sont chargés de la tutelle *par la loi*, à raison de leur parenté avec le mineur. On dit alors qu'il y a « tutelle légale »; on disait jadis « tutelle naturelle », expression qui se retrouve encore dans le projet de l'an VIII. D'autres sont appelés à la tutelle *par le testament* du dernier mourant des père et mère (tutelle testamentaire). Enfin, quand personne n'est appelé à la tutelle par la loi ou par le testament, le tuteur est nommé *par le conseil de famille* (tutelle dative). — En pratique, on rencontre de simples *tuteurs de fait*. Voyez à leur sujet SUMIEN, *Revue trimestrielle*, 1904.

La tutelle testamentaire nous vient du droit romain. La tutelle légale existait également dans les pays de droit écrit, mais seulement au profit de la mère ou de l'aïeule (Nov. 110, cap. v), les ascendants mâles ayant la puissance paternelle, qui tant qu'elle durait empêchait la tutelle de s'ouvrir. On la retrouverait aussi, au profit du père, de la mère et des ascendants, dans quelques coutumes, mais en petit nombre, car dans la plupart des pays coutumiers toutes tutelles étaient datives (LOYSEL, n° 181); c'était le juge qui nommait le tuteur sur l'avis des parents. Ce procédé avait l'avantage de conférer toujours la tutelle au plus digne, tandis que les tutelles données par la loi sont déférées d'une manière aveugle.

A. — Tuteurs d'enfants légitimes.

1° Tutelle légale des père et mère.

****1803. A qui la tutelle légale est déférée.** — La tutelle appartient au survivant des père et mère, quand l'un d'eux vient à mourir (art. 390). Cette attribution de la tutelle *a toujours lieu*, même quand le survivant des époux est *mineur*, même quand il y avait entre eux un *divorce prononcé contre le survivant*, même quand la garde des enfants lui a été enlevée (Cass., 13 août 1884, D. 85. 1. 40, S. 85. 1. 80; Paris, 24 juin 1892, D. 93. 2. 81, S. 93. 2. 228).

L'époux assez coupable pour avoir vu prononcer le divorce contre lui et pour se faire retirer la garde des enfants devrait être exclu de la tutelle; mais, en fait, le danger n'existe pas, car sa déchéance ou sa destitution peut être immédiatement demandée.

***1804. Dispositions spéciales à la tutelle de la mère.** — La tutelle de la mère survivante diffère sur trois points importants de celle du père.

1° Le père survivant ne peut se soustraire à la charge de la tutelle que lorsqu'il existe en sa faveur une cause légitime d'excuse; la mère légitime, au contraire, peut *refuser la tutelle*, sans avoir à donner de motifs (art. 394). La raison de cette différence est que les femmes sont ordinairement peu habituées aux affaires, et que la gestion d'une tutelle est plutôt le fait des hommes. La loi y appelle pourtant la mère à cause de son affection pour

l'enfant, mais en lui réservant le droit de décliner cette charge si elle s'en croit incapable, — Lorsque la mère renonce à la tutelle, elle conserve la puissance paternelle sur la personne de l'enfant; l'administration des biens passe seule au tuteur. — La même faveur n'est pas accordée à la mère naturelle (ci-dessous, nº 1836-1º).

2º Le père, quand il meurt le premier, peut restreindre, par la nomination d'un *conseil de tutelle*, les pouvoirs que sa femme va exercer en qualité de tutrice légale (art. 391). Par « conseil » il faut entendre ici, non pas une assemblée, mais une seule personne, ordinairement un homme d'affaires, qui sera chargé d'assister la mère dans sa gestion. — Les formes dans lesquelles peut se faire cette nomination sont réglées par l'art. 392, qui donne au père le choix entre *a)* un acte notarié, *b)* un acte dressé par le juge de paix assisté de son greffier, ou *c)* un acte de dernière volonté, c'est-à-dire rédigé dans la forme d'un testament. Il n'est pas nécessaire, si le père emploie la forme testamentaire, que l'acte soit réellement un testament et contienne des legs. Pour l'administration de la mère assistée de son conseil, voyez nº 1854, ci-dessous. Naturellement la mère, qui n'a aucune autorité sur son mari, ne pourrait pas recourir au même moyen quand elle meurt avant lui. C'est en quelque sorte un acte d'autorité maritale posthume. Le père lui-même ne pourrait pas faire plus : il n'a pas le droit d'enlever la tutelle à sa femme, ni de restreindre entre ses mains les droits qui constituent la puissance paternelle. Du reste, cette faculté donnée aux maris n'est guère utilisée en pratique (ci-dessous, nº 1854 en note).

3º Le *convol en secondes noces* de la mère survivante et tutrice donne lieu à une mesure particulière : la mère tutrice qui veut se remarier est en quelque sorte *soumise à réélection* (art. 395 et 396). Par le fait de son nouveau mariage, elle va passer sous la puissance d'un étranger. Souvent ce second mari n'aura aucune affection, parfois même il éprouvera un sentiment tout contraire pour les enfants que sa femme a eus d'un premier lit; il est à craindre que la tutelle de celle-ci ne s'en ressente. En fait, ce sera souvent le second mari qui gérera les biens, et il le ferait sans offrir aux enfants les garanties et les responsabilités spéciales de la tutelle. La loi veut donc qu'il soit tuteur en titre, ou que la mère ne soit plus tutrice du tout. A cet effet, la mère doit, avant de se remarier, *faire convoquer le conseil de famille*, et cette assemblée doit délibérer pour savoir si la tutelle sera conservée à la mère (art. 395, art. 1er).

Si la mère satisfait à cette obligation, *le conseil de famille a le choix entre deux partis* : il peut ou bien enlever la tutelle à la mère pour la donner à qui bon lui semble, s'il a des motifs graves pour suspecter le second mari, ou bien, si celui-ci lui inspire assez de confiance, maintenir la mère dans ses fonctions. Mais, s'il prend ce dernier parti, il doit nécessairement donner à la mère son futur mari pour *cotuteur* (art. 396). On doit même décider, pour mieux satisfaire au vœu de la loi, que si le conseil avait omis d'associer le mari à la tutelle, celui-ci n'en serait pas moins, de plein droit, le cotuteur de sa femme. Aussi disait-on jadis : « Qui épouse la veuve épouse la tutelle. »

Si la mère ne remplit pas l'obligation qui lui est imposée de faire réunir le conseil de famille, elle est *de plein droit déchue de la tutelle*, ce qui ne veut pas dire qu'elle est déchargée de toute responsabilité (ci-dessous, nº 1825).

2º Tutelle testamentaire.

***1805. Qui peut donner un tuteur testamentaire.** — Le *dernier mourant* des père et mère a seul le droit de désigner un tuteur pour le remplacer après son décès (art. 397). C'est un attribut de la puissance paternelle; c'est son dernier acte. Par suite ce droit est perdu pour les parents déchus de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889, art. 1er). Il est également perdu lorsque le survivant n'a pas conservé la tutelle ; celui-ci ne peut plus choisir le tuteur, d'abord parce qu'il ne peut transférer à autrui une fonc-

tion qui ne lui appartient plus à lui-même, et ensuite parce qu'il ne lui est pas permis de destituer le tuteur en exercice.

1806. Cas où la nomination doit être ratifiée par le conseil de famille. — En général le tuteur désigné par le père ou par la mère n'a pas besoin de recevoir l'investiture du conseil de famille. Il ne s'y trouve soumis que dans un seul cas : lorsqu'il a été *choisi par une mère remariée et maintenue dans la tutelle.* La loi, qui craint toujours l'influence du second mari, veut que le choix de la mère soit ratifié par le conseil de famille ; la désignation faite par la mère ne suffit pas (art. 399 et 400).

1807. Formes pour la nomination du tuteur. — Pour ces formes l'art. 398 renvoie à celles qui sont prescrites par l'art. 392 pour la nomination d'un conseil de tutelle. Or sur ces trois formes, il en est deux, l'acte notarié ordinaire et la déclaration devant le juge de paix, qui ne sont pas celles des testaments. Pourquoi donc appelle-t-on *testamentaire* le tuteur ainsi nommé? C'est que dans la pratique la nomination se fait presque toujours par testament, ce qui est le procédé le plus simple, du moins quand le testateur emploie la forme olographe. De plus, quelle que soit la forme employée, la nomination ne produit jamais d'effet qu'après la mort de son auteur, et elle est toujours essentiellement révocable : ce sont là justement les traits caractéristiques du testament qui est un *acte de dernière volonté.*

3° Tutelle légale des ascendants.

***1808. Cas où la tutelle est déférée aux ascendants.** — Les ascendants ne peuvent venir à la tutelle qu'*après la mort des père et mère*, qui passent naturellement avant eux. Et même ils ne succèdent pas toujours dans la tutelle à celui des père et mère qui meurt le dernier.

Les ascendants sont en effet *écartés dans deux cas* :

1° *Lorsque le survivant des père et mère cesse d'être tuteur avant sa mort*, par suite d'une exclusion, d'une destitution, d'un refus ou d'une excuse ; c'est alors la tutelle dative qui s'ouvre (art. 405).

2° *Lorsque le survivant des père et mère* ayant conservé la tutelle jusqu'à la fin, *nomme un tuteur testamentaire.* Il suffit qu'il en ait désigné un ; peu importe que ce tuteur vienne ou non exercer la tutelle, qu'il soit exclu ou destitué, ou qu'il se fasse excuser : le père, ou la mère, a manifesté l'intention d'écarter les ascendants de la tutelle, cela suffit pour qu'ils n'y soient pas appelés par la loi (art. 405).

Les ascendants n'obtiennent donc la tutelle qu'autant que le survivant des père et mère l'a conservée jusqu'à sa mort, et qu'il n'a désigné personne pour lui succéder.

1809. Exclusion des femmes. — Le projet de l'an VIII donnait la tutelle aussi bien aux ascendantes qu'aux ascendants, mais dans le texte définitif on ne déféra plus la tutelle légale qu'aux *ascendants mâles.* « Il eût été dangereux, a dit Berlier, d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. » Toutefois, si l'enfant a encore une ascendante en état de gérer la tutelle, le conseil de famille pourra la lui conférer par un vote.

1810. Ordre de préférence. — Parmi les ascendants, la loi préfère toujours *le plus proche* au plus éloigné. Ainsi le grand-père, même maternel, est préféré à l'arrière-grand-père, même paternel. *A égalité de degré*, la loi préfère l'*ascendant paternel* à l'ascendant maternel.

Quand les deux ascendants du second degré (les deux grands-pères) ont disparu, le conflit peut s'établir entre *deux bisaïeuls de la même ligne.* Lequel choisir? Si ce sont les deux bisaïeuls paternels, la loi nous répond : celui dont l'enfant porte le nom, c'est-à-dire le grand père paternel du père (art. 403). Il faut avouer que cette cause de préférence est bien faible. Si ce sont deux bisaïeuls de la ligne maternelle, toute cause de préférence ayant disparu, c'est le conseil de famille qui choisit entre les deux ascendants celui qui exercera la tutelle (art. 404).

1811. Absence de dévolution. — Si l'ascendant auquel la tutelle est déférée en première ligne s'en trouve exclu ou dispensé, les autres n'y sont pas appelés, et il y a lieu à la nomination d'un tuteur datif par le conseil de famille. Entre ascendants il ne se fait donc aucune dévolution de la tutelle. Cette solution se fonde sur l'art. 405 qui ouvre la tutelle dative toutes les fois que le tuteur en exercice, ou même simplement appelé à exercer la tutelle, se trouve exclu, dispensé ou destitué. Il est douteux que cette interprétation de l'art. 405, qui est couramment admise, rende bien la pensée de la loi. Le législateur n'a-t-il pas voulu dire tout simplement que le conseil de famille est appelé à élire un tuteur toutes les fois qu'il n'y en a pas, soit que la vacance se produise dès le début, soit qu'elle survienne plus tard? Comp. DEMOLOMBE, qui n'admet toutefois la dévolution d'un ascendant à l'autre que dans le cas de décès (t. VII, nº 187).

4º Tutelle dative.

****1812. Définition.** — On appelle ainsi celle qui est conférée par le conseil de famille. Le nom de « tutelle dative », pas plus d'ailleurs que celui de « tutelle testamentaire », ne figure pas dans la loi.

***1813. Cas d'application.** — Il y a lieu à la tutelle dative :

1º Lorsque le survivant des père et mère cesse d'être tuteur avant sa mort, la tutelle n'étant pas dans ce cas dévolue aux ascendants ;

2º Lorsque le tuteur élu par le dernier mourant des père et mère cesse ses fonctions d'une façon quelconque, ou même lorsqu'il est incapable ou excusé dès le début. Le seul fait de sa désignation exclut les ascendants ;

3º Lorsque l'ascendant qui gère la tutelle meurt, ou lorsqu'il se trouve excusé, exclu ou destitué, à quelque moment que ce soit ;

4º Lorsqu'au décès du dernier mourant des père et mère il n'y a ni tuteur testamentaire ni aucun ascendant appelé à la tutelle. Comp. art. 405.

1814. Qui peut provoquer la nomination du tuteur datif. — On a déjà vu, à propos du conseil de famille, que la loi accorde d'une manière très large le droit de réquisition, lorsqu'il s'agit de faire nommer un tuteur, que le juge de paix peut convoquer d'office la réunion, et que toute personne a le droit de lui dénoncer le fait de l'ouverture de la tutelle (art. 406). En outre, elle oblige le subrogé tuteur, lorsqu'il en existe un, à provoquer la nomination d'un tuteur, toutes les fois que la tutelle devient vacante (art. 424).

1815. Liberté de choix. — Le conseil de famille jouit d'une liberté à peu près illimitée pour le choix du tuteur. Il nomme qui il veut, pourvu qu'il ne choisisse pas un incapable.

On s'est demandé souvent si le conseil de famille pouvait choisir comme tutrice *la mère survivante et remariée*, lorsque celle-ci se trouve déchue pour ne s'être pas conformée à l'art. 395. La difficulté vient de l'art. 455 aux termes duquel quiconque a été exclu ou destitué de la tutelle ne peut pas être nommé membre d'un conseil de famille, ce qui emporte à plus forte raison l'incapacité d'être nommé tuteur. Mais ce texte est relatif aux causes de destitution ou d'exclusion indiquées dans les articles qui le précèdent ; il est inapplicable à la mère remariée. Rien ne prouve que la mère soit indigne d'être tutrice, ni son nouveau mari. Elle n'a commis qu'une irrégularité de forme, et il serait souvent contraire aux intérêts du mineur de lui donner pour tuteur un étranger. La jurisprudence est en ce sens (Paris, 19 nov. 1887, D. 88. 2. 176, S. 88. 2. 29). Mais la décision du conseil qui rend la tutelle à la mère ne lui restitue pas sa tutelle légale ; c'est une tutelle dative qui commence pour elle (Rennes, 22 juill. 1890, D. 91. 2. 162).

B. — Enfants naturels.

1816. État du droit avant 1907. — Le Code civil de 1804 n'ayant rien dit sur la tutelle des enfants naturels, on s'était demandé qui serait tuteur. Un seul point était hors

de doute : il n'y avait jamais lieu à la tutelle des ascendants, puisque l'enfant naturel n'en a aucun en dehors de ses père et mère. Mais on avait discuté sur la possibilité d'attribuer la tutelle légale aux parents naturels, et la jurisprudence avait fini par se décider pour la négative (Cass., 16 nov. 1898, D. 99. 1. 218, S. 99. 1. 24).

Enfin on admettait que le dernier mourant des père et mère ne pouvait pas nommer un tuteur testamentaire à l'enfant. Ce droit était considéré comme une faveur exceptionnelle, accordée aux seuls parents légitimes.

***1817. Réforme de 1907.** — La loi du 2 juillet 1907, sur la protection des enfants naturels, ajoutant plusieurs alinéas à l'art. 389, a attribué de plein droit la tutelle légale à celui des deux parents de l'enfant qui est investi de la puissance paternelle. D'après les distinctions faites par cette loi, la tutelle appartient donc : 1° à celui des deux parents qui a reconnu l'enfant le premier, même si c'est la mère ; 2° au père, si l'enfant a été reconnu simultanément par les deux parents ; 3° au survivant légalement connu après le décès de celui des deux parents qui possédait la puissance paternelle.

En outre, la loi de 1907 a déclaré applicables aux enfants naturels tous les textes qui gouvernent la tutelle des enfants légitimes, à l'exception des art. 402 à 416, qui organisent la tutelle des ascendants et règlent le fonctionnement du conseil de famille. Il en résulte que les enfants naturels, qui ne pouvaient avoir avant 1907 que des tuteurs datifs, peuvent aujourd'hui recevoir les mêmes catégories de tuteurs que les enfants légitimes : un tuteur légal (leur père ou leur mère) ; un tuteur testamentaire ; un tuteur datif.

Notons seulement que le tuteur datif de l'enfant naturel lui est nommé par le tribunal civil, et non par un conseil de famille (ci-dessus, n° 1801 *bis*).

C. — Enfants assistés (Pupilles de l'assistance publique).

1818. Forme administrative de la tutelle. — Les enfants assistés peuvent être des enfants légitimes aussi bien que des enfants naturels. La loi attribue de plein droit à l'autorité publique la tutelle des enfants abandonnés, recueillis dans les hospices (L. 27 juin 1904, art. 2). A Paris et dans le département de la Seine, l'Assistance publique est centralisée et réunie dans les mains d'un directeur unique : c'est le *directeur de l'Assistance publique* qui exerce cette tutelle (L. 27 juin 1904, art. 11) ; dans les autres départements, c'est le *préfet* ou son délégué, l'inspecteur départemental de l'assistance publique (*ibid.*).

1819. Tentatives pour multiplier la tutelle officieuse. — La loi du 24 juillet 1889 a cherché à élargir l'emploi de la tutelle officieuse au profit des enfants abandonnés. Le Code civil n'avait vu dans cette forme exceptionnelle de tutelle qu'une mesure préparatoire de l'adoption testamentaire, et dans cette pensée il avait exigé du futur tuteur un âge avancé, l'absence d'enfants légitimes, et, s'il y a lieu, le consentement du conjoint. La loi nouvelle admet une tutelle du même genre, mais d'une manière beaucoup plus large : « Toute personne... », dit son art. 13, ce qui écarte toutes les conditions restrictives mises par le Code civil ; naturellement cette application nouvelle de la tutelle officieuse ne saurait conduire à l'adoption par testament.

Les formes non plus ne sont pas les mêmes. La loi de 1889 fait dépendre cette tutelle d'une *décision du tribunal*, ce dont l'art. 361 C. civ. ne parle pas. La personne qui veut

se charger de l'enfant adresse une requête aux président et juges afin d'obtenir qu'il lui soit confié. Le tribunal prend des renseignements et consulte, s'il y a lieu, le conseil de famille. S'il accueille la demande, la tutelle passe à la personne qui s'est offerte. Les art. 364, 365 et 370 C. civ. lui sont appliqués (art. 13).

Une disposition analogue a été introduite dans l'art. 18 de la loi du 27 juin 1904 sur les enfants assistés. Voyez ce texte, qui diffère du précédent sur quelques points.

§ 2. — *Du nombre des tuteurs.*

****1820. Unité normale de la tutelle.** — En général, il n'y a qu'un seul tuteur, qui réunit en sa personne tous les pouvoirs que confère ce titre. Il doit à lui seul assurer le fonctionnement entier de l'administration tutéaire, dont il est l'agent unique. C'est pour cela que le Code parle toujours du tuteur au singulier.

****1821. Pluralité possible de tuteurs.** — Si l'unité de tuteur est la règle, il peut cependant y être dérogé en toute hypothèse (autre que la tutelle légale) et le testateur ou le conseil de famille peut nommer deux ou plusieurs tuteurs (Cass., 14 déc. 1863, D. 64. 1. 63, S. 64. 1. 21). Ordinairement cette dualité de tuteurs s'accompagne d'une division des fonctions ; l'un est nommé pour administrer les biens, l'autre est chargé de l'éducation de l'enfant : on a alors un *tuteur à la personne* (tuteur honoraire) et un *tuteur aux biens* (tuteur onéraire) (1). Il a même été jugé que la garde et la direction de l'enfant peuvent être confiées à quelqu'un à qui le titre de tuteur n'est pas accordé (Rouen, 4 janv. 1883, D. 83. 2. 155, S. 84. 2. 175).

Enfin, dans deux cas particuliers, les textes prévoient la création de plusieurs tuteurs : il y a alors *cotutelle* ou *protutelle*.

A. — Des cotuteurs.

***1822. Hypothèse où ils existent.** — Sont cotuteurs *la mère survivante et son nouveau mari*, quand la tutelle appartient à la mère veuve et qu'elle a contracté un nouveau mariage.

La mère naturelle qui se marie a de même son mari pour cotuteur, car depuis la loi du 2 juillet 1907, les art. 395 et 396 sont devenus applicables à la mère naturelle.

1° Cotutelle régulière.

***1823. Connexité des deux tutelles.** — Quand les choses se passent régulièrement, c'est-à-dire quand la mère fait réunir le conseil de famille et que celui-ci lui maintient la tutelle, on doit nécessairement lui donner son mari pour cotuteur (art. 396).

(1) Ce dédoublement de la tutelle était surtout d'usage autrefois pour les « personnes de considération » (Argou).

La tutelle de la mère est tellement *liée à la cotutelle du mari* que, si celle-ci prend fin pendant le mariage, la mère cesse immédiatement d'être tutrice, parce que le danger que la loi a voulu éviter, à savoir l'immixtion d'un étranger dans la tutelle, reparaît alors. Ainsi lorsque le nouveau mari se fait excuser ou lorsqu'il est destitué, la mère perd la tutelle du même coup. Au contraire, si le mari est interdit, la cotutelle du mari prend seule fin, et la mère reste *tutrice unique*. Il en est de même si le mari meurt.

1824. Caractère accessoire de la cotutelle du mari. — En sens inverse, lorsque c'est la mère qui meurt ou qui perd la tutelle en vertu d'une cause à elle propre, son mari n'a *aucun titre pour conserver ses pouvoirs*. Les enfants de sa femme lui sont étrangers ; il ne peut être que le cotuteur de leur mère. Cependant il est permis à la mère de le choisir avant de mourir, comme tuteur testamentaire, auquel cas il conserve la tutelle à un titre nouveau.

2° Cotutelle de fait.

****1825. Responsabilité commune de la mère et de son mari.** — Si la mère s'est remariée sans avoir fait réunir le conseil de famille, elle se trouve en droit déchue de la tutelle ; mais le plus souvent, en pareil cas, elle la conserve en fait. Il y a là une situation irrégulière, pleine de périls pour l'enfant, dont le Code a dû se préoccuper. La mère reste nécessairement responsable, conformément aux principes généraux du droit, d'une gestion qu'elle a conservée sans titre, mais le Code fait plus : il déclare son nouveau mari *responsable solidairement avec elle* de toutes les suites de la tutelle indûment conservée (art. 395, al. 2). On peut donc dire, que, malgré la déchéance prononcée par la loi, la mère et son nouvel époux sont alors *cotuteurs de fait*.

***1826. Étendue de la responsabilité du mari.** — Dans l'opinion générale, la responsabilité du mari est beaucoup plus grande dans la cotutelle de fait que dans la cotutelle de droit. Quand le mari est régulièrement nommé cotuteur, la loi limite expressément sa responsabilité à la gestion *postérieure au mariage* (art. 396). L'expression employée dans l'art. 395 est différente : il y est dit que le mari est responsable *de toutes les suites de la tutelle indûment conservée*. On estime que cette différence de rédaction doit avoir un sens, et, en conséquence, on fait peser sur le mari les suites de tous les actes de la mère tutrice, même de ceux qui sont *antérieurs au mariage*.

C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence (Dijon, 16 juill. 1862, D. 62. 2. 146 ; Paris, 14 avril 1905, S. 1906. 2. 156), ainsi que la majorité des auteurs. Il en résulte une aggravation énorme de responsabilité, mais c'est la peine de l'irrégularité commise. Telle était d'ailleurs l'ancienne jurisprudence attestée par Domat. Cependant cette solution qui ne rallie pas encore l'unanimité des auteurs, mérite d'être critiquée. On peut soutenir qu'elle donne à la différence de rédaction des art. 395 et 396 une portée excessive. En parlant des suites de la tutelle « indûment conservée » les rédacteurs de l'art. 395 semblent bien n'avoir eu en vue que la période postérieure au mariage, et les travaux préparatoires montrent qu'on s'est surtout préoccupé de rendre le second mari responsable du défaut de gestion aussi bien que de la mauvaise gestion (Demolombe, t. VII, nos 126 et suiv. ; Laurent, t. IV, n° 389).

1827. Difficultés relatives à l'hypothèque légale. — On se demande d'abord si l'hypothèque légale, qui grevait jusque-là les biens de la mère en sa qualité de tutrice, continue à subsister. La loi établit cette hypothèque sur les biens des « tuteurs », et la mère n'est plus tutrice. Cependant la question ne peut pas faire de doute, l'argument décisif a été formulé depuis longtemps : la mère a commis, *comme tutrice*, une faute qui engage sa responsabilité et contre laquelle l'enfant se trouve nécessairement garanti par l'hypothèque. La seconde question est beaucoup plus douteuse : il s'agit de savoir si l'hypothèque s'étend aux biens du nouveau mari qui n'a jamais eu la qualité de tuteur. POTHIER admettait l'affirmative (*Hypothèque*, nº 28) et c'est aussi l'opinion qui prévaut en droit moderne (DALLOZ, *Répert.*, vº Hypothèque, nºs 1025 et 1029 ; AUBRY et RAU, § 264 *bis*, note 14).

1828. Gestion commune des cotuteurs. — Les cotuteurs administrent *ensemble*. Il en résulte qu'un acte quelconque exige toujours leur consentement à tous deux, ce qui pourra entraîner bien des tiraillements et faire échouer plus d'un projet. Le conflit est sans issue, à moins que le mari n'use de la puissance qu'il a sur sa femme pour s'emparer, en fait, de la gestion exclusive de la tutelle. Par suite de cette communauté de gestion, il n'est rendu qu'*un seul compte*, commun aux deux époux (Cass., 19 avril 1886, D. 87. 1. 171, S. 90. 1. 109).

B. — Du protuteur.

***1829. Cas où il y a lieu à protutelle.** — Il y a lieu à la protutelle lorsqu'un mineur résidant en France a des biens « dans les colonies » ou réciproquement : un seul tuteur ne pourrait pas administrer des biens situés à une si grande distance les uns des autres. Le conseil de famille doit alors nommer un tuteur spécial pour les biens situés au loin (art. 417).

A-t-elle lieu également lorsque le mineur a des biens, non aux colonies, mais dans un pays d'outre-mer comme l'Angleterre ou dans un pays éloigné comme la Russie? Non. « Aux colonies » signifie « Hors d'Europe ». La seule ressource en ce cas est d'autoriser le tuteur à se faire aider par des administrateurs salariés agissant sous sa responsabilité, conformément à l'art. 454.

1830. Nature de la protutelle. — Le protuteur, comme le cotuteur, est chargé d'une véritable tutelle, bien que ses fonctions soient limitées à certains biens. Il n'est pas un lieutenant ou un substitut du tuteur. Il en a tous les pouvoirs comme aussi toutes les obligations, et ses biens sont grevés de l'hypothèque légale. Tous deux sont indépendants l'un de l'autre ; ce sont deux tutelles distinctes, qui n'entraînent aucune responsabilité de l'un pour l'autre (art. 417).

Le conseil de famille ne peut se dispenser de nommer le protuteur ; le texte est impératif : « Il sera nommé... », dit la loi. Sa nomination était jadis facultative (Déclarations du 15 décembre 1721 et du 1er février 1743).

1831. Qui nomme le protuteur. — La protutelle n'est jamais déférée par la loi et cela se conçoit. En général, c'est le conseil de famille qui nomme le protuteur, mais rien n'empêche le dernier mourant des père et mère de désigner un protuteur en même temps qu'un tuteur.

C. — Des tuteurs ad hoc.

***1832. Définition.** — On appelle ainsi des tuteurs qui sont nommés pour une affaire spéciale. Les tuteurs « ad hoc » sont donc des *tuteurs à mandat limité*.

1833. Leur rareté. — On ne les voit intervenir que dans des cas tout à fait exceptionnels. En effet, quand le tuteur est empêché, point n'est besoin de nommer quelqu'un pour le remplacer ; il y a un suppléant du tuteur, tout désigné d'avance pour remplir cet office, c'est le *subrogé tuteur* ; le remplacement temporaire du tuteur est l'une de ses fonctions normales. Cependant il se peut que l'intervention du subrogé tuteur soit insuffisante. Par exemple, dans l'hypothèse prévue par l'art. 838, où plusieurs mineurs soumis à la

même tutelle ont des intérêts opposés dans un partage : s'ils sont plus de deux, il est clair qu'il faudra nommer un ou même plusieurs tuteurs ad hoc.

1834. Qui les nomme. — Les tuteurs ad hoc sont *toujours datifs*. Mais qui les nomme? Le Code civil ne s'en était pas expliqué ; la solution se trouve dans l'art. 968 C. proc. civ. ; c'est le conseil de famille.

D. — Auxiliaires salariés du tuteur.

1835. Leur caractère. — Le tuteur a toujours le droit de se faire aider dans sa gestion par des auxiliaires salariés, et leur secours lui est souvent nécessaire, surtout quand il y a des affaires contentieuses, ou une exploitation industrielle ou agricole, exigeant des connaissances spéciales. Ces personnes ne sont que des *mandataires du tuteur* ; elles n'ont aucun pouvoir propre, et elles gèrent sous sa responsabilité (art. 454, al. 2). Le tuteur a donc le droit de les choisir et de les révoquer à son gré.

L'art. 454 semble subordonner leur emploi à une autorisation spéciale du conseil de famille ; il n'en est rien. L'autorisation du conseil n'est nécessaire au tuteur que pour lui permettre de *porter en compte* leurs salaires. Le tuteur est toujours libre de se faire aider, sans autorisation, s'il consent à le faire à ses frais.

§ 3. — *Des excuses et des incapacités en matière de tutelle.*

A. — Des excuses.

1836. Caractère obligatoire de la tutelle. — En général la fonction de tuteur est *obligatoire* : celui qui y est appelé ne peut pas s'y soustraire par un refus. Sans cette obligation légale, on ne trouverait souvent personne disposé à en accepter la charge matérielle et la responsabilité juridique, qui sont lourdes toutes deux.

Cependant ce caractère obligatoire fait quelquefois défaut. Ne sont pas tenus d'accepter la tutelle :

1° La *mère survivante*, quand elle est mère légitime (ci-dessus, n° 1804) ; la loi du 2 juillet 1907 a refusé cette faveur à la mère naturelle, en déclarant que l'art. 394 lui est inapplicable (art. 389 nouveau). Il serait trop difficile de trouver quelqu'un qui s'intéressât à lui en dehors de sa mère.

2° Le *tuteur institué après déchéance du père* (L. 24 juillet 1889, art. 10).

3° D'une façon générale les *femmes* appelées à la tutelle depuis la loi du 20 mars 1917 (ci-dessous, n° 1843-3°).

En outre, la *tutelle officieuse* est toujours volontaire. Le tuteur officieux n'est pas désigné d'office ; il vient lui-même s'offrir.

1837. Caractère facultatif du conseil de tutelle. — La fonction spéciale de *conseil de tutelle* (n° 1804-2°) n'est jamais obligatoire pour la personne que le père a choisie. On s'appuie pour le dire sur l'art. 1894, d'après lequel le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, mais on en fait ici une fausse application. La mission donnée au conseil n'est pas un *mandat* et ce qui le prouve, c'est que le mandat véritable finit toujours par la mort du mandant (art. 2003), tandis que la mission que le conseil a à remplir commence précisément ce jour-là. En réalité, si la fonction du conseil de la mère n'est pas obligatoire, cela tient aux traditions du droit français sur ce point et à l'origine de cette mission, qui était autrefois confiée à un avocat.

1838. Deux sortes d'excuses. — Malgré le caractère obligatoire de la tutelle, le législateur a cependant admis quelques causes d'excuses. Celui qui se trouve dans un des cas prévus peut se faire *dispenser* ou *décharger* de la tutelle, suivant que l'excuse est antérieure ou postérieure à son entrée en fonctions. Il y a donc des excuses *a suscipienda tutela*, et des excuses *a jam suscepta*.

Souvent la loi se montre plus facile pour les premières que pour les secondes. Voyez les art. 433, 436, et 437. La raison en est que le changement de tuteur au milieu de la tutelle est toujours une chose fâcheuse pour les intérêts du pupille.

1839. Énumération. — 1° *Les hautes fonctions de l'État.* Une liste est donnée dans l'art. 427 qui se réfère à l'acte constitutionnel du 18 mai 1804 (c'était le Sénatus-consulte qui avait organisé l'Empire). Beaucoup de places et titres énumérés dans les riches nomenclatures de cet acte n'existent plus. Mentionnons seulement, parmi ceux qui subsistent, ceux de maréchal, d'amiral, de conseiller d'État, de sénateur, de député. Il faut y ajouter les membres de la Cour de cassation et les préfets, mentionnés dans l'art. 427, mais non les sous-préfets. La Cour des comptes jouit des mêmes prérogatives que la Cour de cassation (L. 16 septembre 1807).

2° *La résidence obligatoire d'un fonctionnaire dans un département autre que celui où la tutelle s'établit* (art. 427). Cette cause d'excuse profite même à des personnes qui ne sont pas à proprement parler des fonctionnaires, mais qui sont astreintes à une résidence, comme les *notaires* (L. 25 ventôse an XI, art. 1er).

3° *L'état militaire*, pour les militaires en activité de service.

4° *Les missions du gouvernement.* Voyez les art. 428 à 431.

5° *La vieillesse.* L'âge de 65 ans suffit pour refuser *d'accepter* la tutelle ; le tuteur nommé avant cet âge ne peut s'en faire décharger avant 70 ans (art. 433).

6° *Les infirmités graves* (art. 434), telles que la cécité, la surdité, etc. Ne doivent pas être assimilées aux infirmités les maladies dont on peut prévoir le terme.

7° *La charge antérieure de deux tutelles* (art. 435). Celui qui est déjà chargé de deux tutelles est dispensé d'en accepter une troisième. Par « tutelles », la loi entend ici non pas le nombre de pupilles, mais celui des patrimoines à gérer : plusieurs frères ou sœurs, soumis à un même tuteur, ne forment à eux tous qu'une tutelle. La qualité *d'époux* équivaut à celle de tuteur ; le patrimoine de la femme, dont le mari est chargé, est compté pour une tutelle (même article).

8° *Le nombre des enfants.* Celui qui a cinq enfants *légitimes vivants* est dispensé de toute tutelle autre que celle de ses enfants (art. 436). Les enfants morts sont comptés, s'ils ont laissé des descendants ou s'ils sont morts sous les drapeaux. Mais il n'y a pas à tenir compte des enfants naturels, ni de l'enfant conçu et non encore né.

9° *La qualité d'étranger à la famille* (art. 432). La tutelle est avant tout à la charge des parents ou alliés ; c'est une obligation de famille. Cependant la personne choisie par le père ou par le conseil de famille ne peut pas toujours se faire dispenser de la tutelle ; cela ne lui est permis qu'autant qu'il existe, dans un rayon de 4 myriamètres, un parent ou un allié en état de la gérer (même article). De plus, l'excuse admise en sa faveur lui permet bien de refuser la tutelle, mais non de s'en faire dispenser quand elle l'a une fois acceptée (arg. des mots *ne peut être forcé d'accepter...* de l'art. 432).

1840. Délais pour faire valoir les excuses. — La loi n'a prévu que le cas où le tuteur est *nommé par le conseil de famille*, et alors elle distingue. Si le tuteur assiste à la délibération, il doit proposer ses excuses « sur-le-champ », sous peine d'être déclaré non recevable dans ses réclamations ultérieures (art. 438). S'il n'assiste pas à la délibération, sa nomination doit lui être notifiée, et il a trois jours seulement pour faire valoir ses causes d'excuse. Toutefois ce délai s'augmente à raison des distances (art. 439).

La loi n'ayant rien dit pour le *tuteur légal* et le *tuteur testamentaire*, que faut-il décider? On ne peut, dans le silence des textes, leur imposer aucun délai de rigueur, ni prononcer la déchéance ; ils ne seront donc privés du bénéfice de leurs excuses que lorsqu'on pourra considérer leur conduite comme une *renonciation tacite.*

1841. Appréciation des excuses. — C'est le conseil de famille qui est juge des excuses proposées, mais s'il les rejette, le tuteur peut se pourvoir devant le tribunal civil et en appel devant la Cour (art. 889 C. proc. civ.). Il est cependant tenu de gérer la tutelle provisoirement (art. 440).

1842. Effet de l'excuse. — Lorsque le tuteur réussit à faire admettre son excuse, l'administration provisoire, dont il a été chargé, n'est pas considérée comme une tutelle inté-

rimaire. Par suite, ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121, et il échappe personnellement aux diverses incapacités établies contre les tuteurs.

D'après l'art. 441, les frais du procès sont à la charge du tuteur, s'il succombe, et ils *peuvent être mis* à la charge de ceux qui ont rejeté l'excuse, si l'excuse est admise.

B. — Des incapacités.

1843. Énumération. — Les fonctions de tuteur exigent l'expérience des affaires, la maturité de l'esprit, en un mot certaines aptitudes qui ne se rencontrent pas toujours. De là diverses incapacités. Sont incapables aux termes de l'art. 442 :

1° Les mineurs. — Comme ils ont eux-mêmes besoin de protection, il ne serait pas raisonnable de les appeler à protéger les autres. Cependant la loi fait *exception pour les père et mère.* Le survivant (la femme surtout) peut être encore mineur au moment de la dissolution du mariage. La loi n'hésite pas à lui confier la tutelle : l'amour maternel supplée au défaut d'âge.

2° Les fous. — La loi dit « les interdits », et par là elle vise les interdits judiciaires, c'est-à-dire pour cause de folie. Il doit en être de même, par analogie, des aliénés non interdits placés dans une maison de santé et des aliénés soignés à leur domicile.

3° Les femmes. — Les femmes sont considérées comme inhabiles au maniement des affaires auxquelles elles restent en général étrangères. Aussi le Code civil les déclarait-il incapables en matière de tutelle, mais leur incapacité est actuellement à peu près supprimée. Le Code Napoléon lui-même faisait déjà exception au profit de la mère et des ascendantes ; il appelle la mère à la tutelle légale et permet au conseil de famille de choisir une ascendante. La loi du 2 juillet 1907 modifiant l'art. 442, supprima l'incapacité des femmes en matière de tutelle pour les enfants naturels, afin de permettre aux tribunaux de donner comme tuteur à un enfant abandonné la personne charitable qui s'occupe de lui et qui est très souvent une femme. Enfin la loi du 20 mars 1917 a donné d'une façon générale aux femmes le droit d'être nommées tutrices, subrogé-tutrices et membres du conseil de famille, modifiant par suite un certain nombre d'articles du Code civil qui excluaient les femmes de ces fonctions. Si la tutrice est mariée, elle a nécessairement son mari pour cotuteur et ne peut accepter la tutelle qu'avec son autorisation. Pour le cas spécial des pupilles de la nation (L. 27 juillet 1917), la femme tutrice est nécessairement pourvue d'un conseiller de tutelle, sauf dans le cas de tutelle légale ou testamentaire (D. 15 novembre 1917).

Il est à remarquer que la loi ne déclare pas incapable le *prodigue* pourvu d'un conseil judiciaire. La prodigalité n'empêche pas d'être habile administrateur et honnête homme. Elle n'atteste pas non plus un défaut d'intelligence. Il n'y avait donc pas de raison pour écarter de prime abord les prodigues de la tutelle. Toutefois si leur conduite atteste l'incapacité ou l'infidélité, le conseil de famille peut les exclure (art. 444).

C. — Des causes d'exclusion.

***1844. Leur nature.** — Beaucoup d'auteurs s'attachent à distinguer les causes d'incapacité et les causes d'exclusion. L'incapacité, disent-ils, n'entache en rien l'honorabilité de la personne ; l'exclusion, au contraire, inflige une sorte de flétrissure, parce qu'elle est fondée sur des motifs qui rendent indigne. La distinction est des plus fragiles ; ainsi l'aliéné interdit est simplement *incapable* ; le fou non interdit ne pourra être *exclu* que par l'application de l'article 444. Pourtant où est la différence entre eux? Du reste, cette distinction est purement théorique et n'a aucune conséquence pratique.

1845. Énumération. — Les causes d'exclusion sont :

1° *Un procès pendant avec le pupille,* dans lequel se trouve engagé, soit le tuteur, soit même son père ou sa mère, et qui roule sur l'état du mineur, sur sa fortune, ou sur une portion notable de sa fortune (art. 442-4°). La loi craint que ce tuteur ne soit pas impartial ;

il ne suffirait pas de le remplacer pour faire suivre l'instance par un tuteur *ad hoc* ; une contestation aussi grave sème toujours la haine après elle.

2° *Les condamnations à une peine criminelle* qui entraînent comme conséquence la *dégradation civique* (C. civ., art. 443. Combinez art. 34-4° C. pén.), ainsi que certaines condamnations en matière correctionnelle (art. 42-6° C. pén.). Toutefois ces deux catégories de condamnés peuvent être tuteurs de leurs propres enfants sur avis conforme de la famille (même art.). Le Code civil ne fait pas d'exception pour les condamnations politiques, comme le fait la loi du 24 juillet 1889 (ci-dessus, n° 1737).

3° *La déchéance de la puissance paternelle* (L. 24 juillet 1889, art. 8). Certaines des causes qui font perdre cette puissance sont en même temps des causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle, comme l'inconduite notoire et la plupart des condamnations criminelles.

4° L'*inconduite notoire*, c'est-à-dire les mauvaises mœurs (art. 444).

5° L'*incapacité* (art. 444). La loi entend parler ici non plus de l'incapacité juridique, mais de la maladresse ou de l'imprévoyance dans la conduite des affaires par suite du défaut d'intelligence ou de volonté.

6° L'*infidélité* (art. 444). « Ceux dont la gestion attesterait l'infidélité... », c'est-à-dire qui se seraient rendus coupables de détournements en administrant le patrimoine d'autrui.

1846. Procédure. — C'est le *conseil de famille* qui prononce l'exclusion du tuteur d'un enfant légitime. Dans bien des cas il n'y aura pas de discussion possible sur la réalité de la cause d'incapacité ou d'exclusion, mais certaines causes, par exemple l'inconduite ou l'incapacité, supposent une appréciation des faits sur laquelle un désaccord peut s'élever. Le tuteur ou les membres du conseil qui ne sont pas de l'avis de la majorité ont le droit d'attaquer la délibération. Le tribunal sera saisi par eux du litige et il y aura lieu à appel du jugement qu'il rendra. En outre, la loi veut que le conseil de famille ne statue qu'après avoir fait appeler le tuteur, qui doit toujours être admis à se défendre. La délibération doit être motivée (art. 446 à 449). — Pour les enfants naturels, voyez ci-dessus, n° 1801 *bis*.

§ 3. — *Rôle du tuteur.*

A. — Idée générale de ses attributions.

****1847. Caractère actif du tuteur.** — Le tuteur est l'*organe actif* de la tutelle. Le conseil de famille délibère et prend des décisions ; le tuteur seul *agit*. Il n'y a pas lieu, pour le moment, de rechercher la part de pouvoir qui appartient à l'un et à l'autre pour chaque acte déterminé ; ceci fera l'objet de chapitres spéciaux sur le gouvernement de la personne du pupille et sur la gestion de ses biens. Mais, avant d'entrer dans le détail, il faut posséder certaines notions générales sur les fonctions du tuteur, c'est-à-dire sur la *nature de la mission* qui lui est confiée et sur son *mode d'action*.

****1848. Ses deux principales fonctions.** — A ce point de vue, l'art. 450, al. 1, résume d'une façon exacte les deux principales fonctions du tuteur : 1° *il prend soin de la personne du pupille* ; 2° *il le représente dans tous les actes civils*.

En tant qu'il est *chargé de la personne* du pupille, le tuteur lui doit tous les soins d'un père. C'est lui qui s'en occupe et qui le surveille, soit qu'il le fasse élever et instruire dans sa propre maison, soit qu'il le place dans une maison d'éducation ou de commerce, pour ses études ou son apprentissage.

Pour l'*administration des biens*, le tuteur *représente* le pupille. Sa fonc-

tion consiste donc à accomplir, au nom et dans l'intérêt de son pupille, tous les actes juridiques qui deviennent nécessaires. On sait déjà ce que c'est que la *représentation dans les actes juridiques*, fiction qui répute faits par le représenté, en l'espèce le pupille, les actes accomplis pour lui par le représentant, en l'espèce le tuteur (ci-dessus, n°s 298 et suiv.).

Ces deux espèces d'attributions n'appartiennent pas toujours ensemble au tuteur ; il se peut que ses fonctions se réduisent à l'une des deux. Ainsi, d'une part, il arrive fréquemment que le tuteur n'est pas chargé de la personne du pupille, soit que le survivant des père et mère (le plus souvent ce sera la mère) se soit fait dispenser de la tutelle, tout en conservant la puissance paternelle, soit qu'en désignant le tuteur le dernier mourant des père et mère ait confié la garde et l'éducation de l'enfant à une autre personne : alors toute la mission du tuteur se ramène à l'administration des biens. D'autre part, les tuteurs des enfants assistés, tout en représentant le pupille, ne sont pas chargés de la gestion des biens ; cette gestion appartient, ainsi que la manutention des deniers, au trésorier-payeur général dans les départements, et à Paris, au receveur de l'assistance publique (L. 27 juin 1904, art. 15).

***1849. Cas où le pupille doit agir par lui-même.** — La représentation du pupille par le tuteur n'est possible que pour les actes qui sont *susceptibles d'être accomplis par mandataire*. Il en est un certain nombre qui, pour des raisons diverses, ne peuvent être faits que par l'intéressé. Presque tous d'ailleurs concernent *la personne du pupille*. Tels sont : 1° le *mariage* (art. 75) ; 2° la *reconnaissance d'un enfant naturel* ; 3° l'*engagement dans les armées de terre et de mer* ; 4° *tout engagement concernant une profession*.

Parmi ceux qui ont rapport aux biens et que le pupille doit faire en personne, il en est deux fort importants : le *contrat de mariage* (art. 1398) et le *testament* (art. 903-904).

Tous ces actes exigent la volonté personnelle de celui qu'ils intéressent.

1850. Inconvénient de l'abstention systématique du pupille. — Sauf ces rares exceptions, le tuteur seul est en scène, seul il agit ; l'enfant, qui est le principal intéressé, reste dans la coulisse ; il ne *parle* pas à l'acte. Il est à regretter que dans les dernières années de la tutelle la loi n'ait pas associé le mineur à la gestion de ses affaires, par exemple en exigeant son consentement personnel pour les actes les plus graves, tels que les aliénations d'immeubles.

On peut cependant signaler dans les lois modernes une tendance à initier progressivement le mineur au gouvernement de ses propres affaires. Le plus remarquable exemple se trouve dans la loi du 9 avril 1881, art. 6-4°, qui autorise les mineurs à se faire ouvrir, à tout âge, des *livrets de caisse d'épargne sans l'intervention de leurs tuteurs* ou de leurs parents et qui les autorise à *opérer librement le retrait des fonds* dès qu'ils ont *seize ans révolus*, en réservant toutefois à leur représentant légal le droit de faire opposition à ces retraits (comp. L. 20 juillet 1895, art. 16). Le mineur est ainsi encouragé à se constituer un petit pécule, dont on lui laisse l'usage. De même la loi du 20 juillet 1886 sur la caisse des retraites pour la vieillesse, art. 13, al. 2, permet aux mineurs âgés de plus de 16 ans de faire des versements sans autorisation de leur tuteur.

Du reste, rien n'empêche les familles et les tuteurs de faire intervenir fréquemment les mineurs dans les actes qui les intéressent. La loi dit que le tuteur « représente » le pupille ; c'est une facilité qu'elle accorde, et non une obligation qu'elle impose. L'acte serait tout aussi valable s'il avait été fait par le pupille agissant en personne, pourvu que son tuteur fût présent et approuvât l'acte.

B. — Étendue des pouvoirs du tuteur.

1° Question de principe.

***1851. Solution traditionnelle.** — En réglant les principaux actes de la gestion tutélaire, la loi n'a pas tout prévu ; certains actes se présentent

dont les conditions et les formes n'ont pas été déterminées. Or *la loi n'a nulle part formulé de principe général* sur l'étendue des pouvoirs du tuteur : on se demande donc quelle est la règle à suivre *dans les cas non prévus par la loi.* On peut en effet décider ou bien que le tuteur a toujours qualité pour agir seul, sans conditions ni formes, sauf dans les cas où une restriction est établie par un texte exprès ; ou bien que son pouvoir est borné à l'administration des biens et que pour le surplus il a besoin d'autorisation.

Sur cette question, l'esprit traditionnel du droit français n'est pas douteux. Nous sommes les héritiers du droit romain, qui disait : « Tutor..., quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet » (*Digeste*, liv. XXVI, tit. 7, fr. 27). Sans doute l'omnipotence primitive du tuteur a été peu à peu restreinte, et en fait sa liberté d'action se trouve aujourd'hui ramenée, ou peu s'en faut, aux actes d'administration. Mais *on a toujours procédé par voie de restrictions successives*, de telle sorte que le principe subsiste toujours (Comp. POTHIER, *Des personnes*, nos 165 à 172). Le Code lui-même se borne à dire quels sont les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec une autorisation ou avec des formes particulières, ce qui suppose qu'il a pouvoir de faire librement tous les autres. Enfin la loi du 27 février 1880, qui lui a enlevé le droit d'aliéner sans autorisation les valeurs mobilières, est la consécration législative de ce système, car si le principe n'était pas vrai, cette loi eût été inutile, au moins dans sa disposition principale. Du reste, cette même loi, en réglant d'une manière précise l'aliénation des valeurs mobilières du pupille, a enlevé à la question son principal intérêt, car c'était surtout pour ces valeurs qu'elle se présentait dans la pratique.

JURISPRUDENCE ACTUELLE. — Jadis la jurisprudence, sans proclamer en termes formels la plénitude des pouvoirs du tuteur, en dehors des cas où la loi les a spécialement restreints, en admettait implicitement l'existence puisqu'elle l'autorisait à disposer librement des valeurs mobilières du pupille, par cela seul que la loi ne le lui avait pas défendu (Cass., 4 août 1873, D. 75. 5. 468, S. 73. 1. 441). C'est même sa persistance à juger de la sorte qui a décidé l'intervention législative et la réforme du 27 février 1880. Mais, depuis cette loi, la Cour de cassation a exprimé à plusieurs reprises l'idée que le tuteur n'était que l'*administrateur* des biens du pupille (Cass., 22 juin 1880, D. 80. 1. 318, S. 81. 1. 23 ; Cass., 1er avril 1889, S. 89. 1. 217 ; Cass., 6 mars 1893, D. 93. 1. 473). Sa jurisprudence nouvelle était donc très loin des idées de Pothier ; mais elle semble revenir à l'ancien principe de l'omnipotence du tuteur (Cass., 13 mars 1905, D. 1906. 1. 165, P. et S. 1910. 1. 477) (1).

1852. Cas de dol et de fraude. — Quel est l'effet des actes dolosifs ou frauduleux commis par un tuteur contre les tiers? Sa responsabilité personnelle est certainement engagée par son propre délit ; mais ce délit peut-il rejaillir sur le mineur? Dans l'opinion générale, on distingue : si le tuteur a obtenu par un dol un contrat avantageux pour le mineur au détriment d'un tiers, la victime du dol pourra obtenir l'*annulation* du contrat

(1) Voyez aussi Cass., 26 févr. 1890, D. 90. 1. 290, S. 90. 1. 216, qui reconnaît au tuteur de l'interdit pleine liberté pour exercer l'action en nullité de mariage, alors que l'art. 307, al. 2, exige l'autorisation du conseil de famille pour la simple demande en séparation de corps et que la loi lui refuse entièrement le droit de demander le divorce.

même contre le mineur, mais celui-ci ne sera pas tenu de payer en outre une indemnité à la partie lésée, et le tuteur sera seul tenu des dommages-intérêts (1).

2° Cas spéciaux.

1853. Tuteur mineur. — Il peut arriver, malgré l'incapacité ordinaire des mineurs d'être tuteurs, que la tutelle appartienne à un mineur, surtout à une femme : la femme, mariée jeune, peut se trouver mère et veuve avant sa majorité. Elle est tutrice quoique mineure. De là naît une assez grave difficulté : la mère mineure est bien *émancipée par son mariage*, mais elle n'a, comme telle, qu'une capacité restreinte. Il y a des actes qui rentrent dans les *pouvoirs* du tuteur et qui dépassent la *capacité* du mineur émancipé, par exemple recevoir un capital mobilier et en donner décharge. Comment la mère fera-t-elle, comme tutrice, cet acte qu'elle ne pourrait pas faire seule pour son compte personnel? On hésite à faire intervenir le curateur de la mère, parce qu'il n'a aucun pouvoir sur l'enfant. D'autre part, ni le tribunal, ni le conseil de famille n'ont reçu de mission spéciale pour ce cas. Faudra-t-il donc laisser la mère agir sans surveillance? Le plus simple et le plus sûr serait d'exiger le consentement du curateur de la mère, parce que l'acte engage la responsabilité personnelle de celle-ci ; l'acte étant alors réputé fait par une personne capable serait valable à l'égard du mineur.

***1854. Mère tutrice pourvue d'un conseil de tutelle.** — Autre situation anormale dans laquelle le tuteur n'a pas sa liberté d'action ordinaire. Lorsque le père a, comme il en a le droit, donné un *conseil* à sa femme survivante, celle-ci ne peut agir seule. Le conseil doit *assister* la tutrice (art. 391). Ce n'est pas un simple *avis* qu'il lui donne, c'est une *autorisation*, de telle sorte que s'il refuse, la tutrice ne peut pas passer outre. On admet cependant que la mère, en cas de refus injustifié, aurait un recours devant le conseil de famille qui pourrait lui permettre de faire l'acte. La loi ne dit rien de semblable. Le conseil de famille ne doit pas avoir plus de pouvoir sur le conseil donné à la mère que sur un tuteur ordinaire qui refuserait d'agir. Si un recours est possible, ce ne peut être que devant le tribunal.

En principe, l'assistance du conseil est nécessaire à la mère *pour tous les actes de la tutelle*. Mais le père peut réduire ses fonctions, et *préciser les cas* dans lesquels la mère devra se faire assister par lui ; alors elle garde sa liberté d'action dans tous les autres.

Lorsque la mère a agi seule, sans avoir pris l'avis de son conseil, quand il est nécessaire, l'acte sera-t-il annulable dans l'intérêt du mineur? Les tiers ont pu ignorer la nomination du conseil de tutelle, pour laquelle la loi n'a établi aucune mesure de publicité ; ils ont pu traiter avec la mère, croyant qu'elle avait pleins pouvoirs. Aussi a-t-on prétendu que la sanction de cette irrégularité serait, non pas l'annulation de l'acte, mais une simple action en dommages et intérêts contre la mère. Mais les expressions dont la loi s'est servie (sera habile à faire... ne pourra faire...) dans l'art. 391 condamnent cette interprétation : c'est bien d'un cas de nullité qu'il s'agit. Ceux qui traitent avec une veuve, tutrice légale de ses enfants, doivent savoir que la nomination d'un conseil a pu être faite par le mari prédécédé et vérifier si, en fait, elle a eu lieu (2).

(1) En ce sens Demolombe, *Minorité*, t. 2, nos 125-127 ; Aubry et Rau, 4e édit., t. IV, § 343 *bis*, p. 303, texte et note 28. C'est une solution traditionnelle (*Dig.*, *de dolo malo*, fr. 15, princip. et § 2). Comp. Cass., 21 mars 1893, D. 93. 1. 433, S. 95. 1. 241 et les notes.

(2) Denisart, procureur au Châtelet, mort en 1765, qui a publié un recueil célèbre de décisions de jurisprudence, nous donne les renseignements suivants sur cette ancienne habitude : « Les sentences qui nomment des tuteurs aux mineurs, ou des curateurs aux « interdits, nomment quelquefois une ou plusieurs personnes pour éclairer de leurs con- « seils les tuteurs ou curateurs. Ces personnes sont presque toujours ou des magistrats, « ou des avocats, ou des procureurs .. Ce sont les parents du mineur ou de l'interdit qui « indiquent les personnes dont le conseil doit être composé. Si les parents ne sont pas d'ac- « cord sur le choix, c'est le juge qui en décide. La nomination du conseil se fait ordinaire- « ment par l'acte de tutelle ou par la sentence d'interdiction. Dans les pays de droit écrit « où les pères et mères peuvent, par testament, donner des tuteurs à leurs enfants mineurs, « ils peuvent aussi nommer par testament des conseils pour aider les tuteurs » (*Collection*

C. — Obligations du tuteur.

***1855. Obligations antérieures à l'entrée en fonctions.** — Ces obligations ne pèsent que sur le tuteur qui prend le premier la tutelle au moment où elle s'ouvre. Elles ont un double objet :

1° L'*inventaire des biens du mineur* (art. 451). Un tuteur ne doit prendre possession des biens de son pupille qu'après avoir eu soin de les faire inventorier, afin que l'on sache quelle en est la consistance et de quelles choses le tuteur aura plus tard à rendre compte.

Comme ces biens proviennent presque toujours au mineur de la succession du premier mourant de ses père et mère, et que l'*ouverture d'une succession* est un fait qui est de nature à se renouveler plusieurs fois au cours de la tutelle, il y a lieu de renvoyer à plus tard l'étude détaillée des mesures que doit prendre alors le tuteur.

2° La *réunion du conseil de famille*, qui doit être convoqué dans le plus bref délai possible quand il ne s'est pas assemblé pour nommer le tuteur. Le conseil de famille aura à statuer sur trois points : *a*) *nommer un subrogé tuteur*; *b*) fixer la somme à laquelle pourra s'élever la *dépense annuelle*, soit pour l'entretien du mineur, soit pour l'administration de ses biens; *c*) *déterminer la somme* à laquelle commencera pour le tuteur l'*obligation de faire emploi* de l'excédent des revenus. La loi du 2 juillet 1907 a attaché une sanction particulière à cette obligation pour les parents naturels (ci-dessus, n° 1689). Elle a fixé à cet égard un délai de trois mois.

****1856. Obligations du tuteur pendant sa gestion.** — Le tuteur est tenu d'une *obligation générale* que la loi formule en ces termes : « Il *administrera* les biens du pupille *en bon père de famille* » (art. 450, al. 2). Ainsi l'administration des biens n'est pas seulement pour lui un *pouvoir*, c'est aussi un *devoir*.

Cette obligation générale peut s'analyser en trois éléments différents :

1° Le tuteur doit *faire produire* aux biens du pupille *tous les revenus* qu'ils peuvent donner, ce qui l'oblige à louer les bâtiments d'habitation, à affermer les fonds de terre ou à les cultiver lui-même, exploiter ou faire exploiter les fonds d'industrie ou de commerce appartenant au mineur, à placer les capitaux, etc.

2° Il doit *conserver* le patrimoine du pupille, empêcher qu'il ne dépérisse en fait ou en droit par négligence, ce qui l'oblige à poursuivre en temps utile la rentrée des sommes dues, à entretenir les biens dans un bon état de réparations, à revendiquer avant l'achèvement de la prescription ceux qui se trouvent aux mains d'un tiers, etc.

3° Enfin il doit *augmenter* autant que possible l'actif du pupille, ce qui l'oblige à dépenser le moins possible afin de capitaliser l'excédent des revenus. Par suite, la dépense annuelle doit être restreinte aux sommes nécessaires à l'entretien et à l'éducation du mineur, ou à l'administration et à la conservation de ses biens (1).

nouvelle, v° Conseil nommé par justice). On voit par cette citation que le conseil de tutelle de l'ancien droit fait réellement double emploi avec le conseil de famille du droit moderne et c'est ce qui explique la désuétude dans laquelle cette institution est tombée.

(1) Ceci ne veut pas dire que les frais d'éducation du pupille doivent être pris exclusivement sur ses revenus. Un enfant appartenant à une famille peu aisée, et qui montre des dispositions pour l'étude, pourrait être poussé dans une carrière coûteuse, même au prix du sacrifice d'une partie de son capital. Mais le tuteur ne peut user de ce moyen qu'après avis conforme du conseil de famille.

****1857. Gratuité de la tutelle.** — Le tuteur est obligé de gérer gratuitement. Il ne peut réclamer aucun salaire. Aucun texte ne lui en accorde le droit, et l'art. 471 le lui refuse implicitement, en ne faisant pas figurer les honoraires du tuteur parmi les articles du compte de tutelle.

Néanmoins on voit assez souvent le conseil de famille allouer au tuteur, à titre de frais de gestion, une somme déterminée à forfait. Les tribunaux ont refusé d'annuler ces allocations, même dans des cas où elles étaient manifestement exagérées (Cass., 18 août 1854, D. 54. 1. 387 ; Dijon, 14 mai 1862, D. 62. 2. 121. — Comp. Rouen, 13 déc. 1905, D. 1908. 2. 233). Une pareille jurisprudence, qui rétribue par un moyen détourné les fonctions de tuteur, est en contradiction avec l'esprit général de nos lois et avec les traditions les plus certaines du droit français. Cependant plusieurs législations étrangères ont accepté ouvertement le principe de la rétribution, ce qui est un excellent moyen d'intéresser les tuteurs à la gestion dont ils sont chargés et de les soustraire à la tentation de commettre des détournements pour se payer de leurs mains (1). La jurisprudence ne fait donc que suivre un mouvement général contraire aux principes anciens.

1858. Obligations du tuteur sortant de charge. — Le tuteur doit alors : 1° restituer au mineur tous les biens, effets et valeurs qu'il détient pour son compte ; 2° rendre compte de sa gestion. Voyez nos 1969 et suiv.

D. — Responsabilité du tuteur.

1859. Son étendue. — Le tuteur est responsable, comme tout gérant du patrimoine d'autrui, de la façon dont il s'est acquitté de son mandat. Le principe est établi par l'art. 450 : « Il administrera *en bon père de famille* et répondra des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. » Sous l'expression « mauvaise gestion », il faut comprendre même l'absence de gestion, c'est-à-dire les actes d'omission ou de négligence par lesquels le tuteur a pu compromettre les intérêts du pupille.

Quelle est, au juste, l'étendue de cette responsabilité? Le tuteur est un mandataire, et son mandat est gratuit. Or le mandataire non salarié bénéficie d'une atténuation de responsabilité : on ne lui demande d'apporter dans les affaires qu'il fait pour autrui, que le même soin qu'il apporte aux siennes (art. 1374 et 1992) : on n'apprécie donc pas ses fautes d'après le type abstrait de l'homme intelligent et soigneux, mais d'après sa propre conduite. Mais cette bienveillance dans l'appréciation des actes du mandataire serait dangereuse si on l'appliquait au tuteur, et la loi (art. 450) déclare celui-ci tenu d'agir « en bon père de famille », c'est-à-dire *avec plus de diligence que le mandataire ordinaire*. Sa responsabilité se trouve ainsi être la même que celle des débiteurs d'après le droit commun dans les obligations conventionnelles (art. 1137). Le tuteur répond donc de *toute faute par lui commise*, non seulement de sa faute *lourde*, mais même de sa faute *légère* (comp. Demolombe, t. VIII, nos 118 à 123) (2).

1860. Sanctions diverses. — La responsabilité du tuteur se traduit d'ordinaire par une *condamnation pécuniaire* : il doit indemniser le pupille du préjudice causé. Exemple : Rennes, 9 févr. 1904, D. 1904. 2. 263.

Il y a, en outre, d'autres sanctions pour diverses obligations : la *preuve par commune*

(1) Le Code civil allemand (art. 1836) autorise l'allocation d'une indemnité au tuteur, et même au subrogé tuteur, lorsque la fortune du pupille et les difficultés de sa gestion la justifient. De plus, cette indemnité peut toujours être retirée ou modifiée. — Le Code civil espagnol (art. 276) porte que le tuteur a toujours droit à une indemnité dont il fixe le taux : au minimum 4 pour 100, au maximum 10 pour 100 du revenu net.

(2) La formule théorique du principe n'est pas douteuse : ce sont les applications de fait qui peuvent être délicates, quand il s'agit de savoir si, dans des circonstances données, il y a une faute engageant la responsabilité du tuteur. Cependant ces questions ne paraissent pas donner lieu à beaucoup de difficultés dans la pratique. Voyez Caen, 11 févr. 1888, D. 88. 2. 315 ; Cass., 23 avril 1902, D. 1902. 2. 309.

renommée, quand il s'agit d'établir la consistance d'un mobilier échu au mineur et que le tuteur a négligé de faire inventorier comme il en avait le devoir ; la *perte de sa créance* contre le pupille, quand il ne l'a pas déclarée dans les cas où la loi l'y oblige, etc. Enfin, à l'occasion, une *condamnation pénale*, de 2 mois à 2 ans de prison, en vertu de l'art. 408 C. pén., contre quiconque détourne des effets ou deniers qui ne lui avaient été confiés qu'à titre de mandat et à charge d'en rendre compte (*abus de confiance*).

De plus, sa *destitution* peut être demandée (ci-dessous, nº 1863), et c'est encore une sanction indirecte de ses obligations.

1861. Point de départ de la responsabilité.— L'obligation de gérer la tutelle prend naissance au moment où le tuteur connaît le fait qui l'investit de sa fonction. La loi fait l'application de ce principe au tuteur datif, qui devient responsable du jour de sa nomination, lorsqu'il est présent à la délibération et, au cas contraire, du jour de la notification qui lui en est faite (art. 418 C. civ. et 882 C. proc. civ.).

Par analogie la responsabilité du tuteur légal commence en principe le jour même du décès, qui donne ouverture à la tutelle, et celle du tuteur testamentaire le jour de l'ouverture de l'acte de dernière volonté qui lui impose cette charge. En cas d'absence de l'un ou de l'autre, c'est le jour où ils ont connaissance de leur vocation.

1862. Garanties accordées au mineur. — Grâce à ses pouvoirs et surtout au maniement des deniers, le tuteur est à même de commettre des détournements considérables, et, même sans qu'il y ait fraude de sa part, le risque est grand. Les garanties prises par la loi pour éviter des pertes au mineur sont nombreuses : telle est l'obligation de faire vendre les meubles (nº 1909) ; de convertir en titres nominatifs les titres au porteur (nº 1947) ; de faire emploi des capitaux (nº 1897) ; telle est encore l'assistance, dans certains actes, du subrogé tuteur (nº 1866) ; telle enfin l'*hypothèque légale* qui grève les biens du tuteur et qui garantit au pupille le paiement de tout ce qui peut lui être dû (art. 2121).

Malheureusement cette dernière garantie est parfois vaine, car l'hypothèque ne frappe que les immeubles, et le tuteur n'en a pas toujours ; l'existence de l'hypothèque légale dépend donc de la composition du patrimoine du tuteur. D'autre part, il est *certains tuteurs qui ne sont pas grevés d'hypothèque par la loi.* Tel est le tuteur institué en vertu de l'art. 10 de la loi du 24 juillet 1889 ; il remplit ses fonctions sans être grevé d'hypothèque, et cela se comprend, puisque l'enfant qu'il recueille est dans le dénuement. Pour le cas où cet enfant posséderait quelque bien, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (même article).

1863. Destitution du tuteur. — La tutelle doit être retirée au tuteur toutes les fois qu'il surviendra un fait qui l'aurait fait exclure, s'il s'était produit avant le jour où la tutelle lui a été déférée, comme une infirmité grave, ou l'aliénation mentale, une condamnation criminelle, etc.

Le retrait de la tutelle prend plus spécialement le nom de *destitution*, lorsqu'elle est prononcée pour une cause d'indignité telle que les condamnations pénales, l'inconduite notoire, l'incapacité et l'infidélité.

La destitution du tuteur des enfants légitimes est *prononcée par le conseil de famille.* Les règles à cet égard sont celles qui ont été indiquées plus haut pour son exclusion : c'est la même série d'articles qui règle les deux choses (art. 446 à 449. Ci-dessus, nº 1846). Il y a lieu de même à un recours devant la justice (art. 448).

1864. Responsabilité du tuteur envers les tiers. — Quand un acte fait par le

tuteur est annulé pour omission des formalités légales, le tuteur n'en est pas responsable, sauf le cas où il y aurait eu de sa part dol ou faute, et sauf aussi l'effet de l'engagement spécial de garantie qu'il a pu prendre personnellement envers les tiers (Nancy, 9 mai 1885, D. 86. 2. 134, S. 87. 2. 137).

CHAPITRE IV

DU SUBROGÉ TUTEUR

****1865. Son double rôle.** — « Subrogé tuteur » veut dire *tuteur suppléant* ou *vice-tuteur*. Le subrogé tuteur est en effet destiné à remplacer le tuteur, le cas échéant, mais ce n'est pas là sa principale mission ; l'institution des tuteurs *ad hoc* temporaires eût suffi à ce besoin. Ce qui justifie la présence permanente du subrogé tuteur, c'est la nécessité d'exercer une *surveillance* constante sur les actes du tuteur, une sorte de contrôle. C'est là le *rôle essentiel* du subrogé tuteur (1).

***1866. Sa fonction de surveillant.** — La loi exige que le subrogé tuteur soit *présent à certains actes* dans lesquels les fraudes sont particulièrement faciles, inventaires (art. 451 et 1442), ventes aux enchères (art. 452, 459 C. civ. ; 962 C. proc. civ.). Elle veut, de plus, que les *jugements* pris contre le tuteur soient *signifiés* au subrogé tuteur (art. 444 C. proc. civ.).

Le subrogé tuteur peut, sur avis conforme du conseil de famille, exiger que le tuteur lui rende compte de sa gestion une fois par an (art. 470) au moyen de ce que la loi appelle des *états de situation* (voyez ci-dessous, nº 1960).

Le subrogé tuteur est chargé de *provoquer la destitution* du tuteur, quand il y a lieu, ou de pourvoir à son remplacement quand il est décédé (art. 444 et 446).

Il est chargé de faire inscrire l'hypothèque du mineur (art. 2137).

On voit à quel point le Code s'est ignoré lui-même, quand il a dit, dans l'art. 420, en parlant du subrogé tuteur : « Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur quand ils seront en opposition avec ceux du tuteur. »

La fonction du subrogé tuteur a été développée à nouveau par la loi du 27 février 1880, pour toutes les opérations concernant les *valeurs mobilières* appartenant à des incapables. Cette loi prescrit des mesures pour la conservation de ces valeurs, et par son art. 7, elle charge spécialement le subrogé tuteur d'en surveiller l'accomplissement, sous sa responsabilité personnelle ; si le tuteur ne se conforme pas aux mesures qui lui sont prescrites, le subrogé tuteur doit « provoquer la réunion du conseil de famille, devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes » (*ibid.*). Il peut aussi intervenir utilement pour protéger les valeurs mobilières du pupille en faisant opposition entre les mains des tiers, détenteurs de ces valeurs (Cass., 28 nov. 1911, P. et S. 1913. 1. 381).

***1867. Sa fonction de remplaçant du tuteur.** — Le subrogé tuteur n'est appelé à représenter le pupille que pour des cas spéciaux, pour *un acte isolé* où il y a *opposition d'intérêts* entre le mineur et son tuteur, par exemple, quand ils sont tous deux intéressés dans

(1) En Roumanie, il n'y a pas de subrogé tuteur, bien que l'organisation de la tutelle ressemble beaucoup à celle de la tutelle française. La surveillance du tuteur y est confiée aux tribunaux (art. 368 C. civ. roumain ; L. 4 mars 1894, art. 15 ; L. de 1896, sur les justices de paix, art. 65). Ces deux dernières ont été remplacées par une loi du 30 décembre 1907.

un même partage (Grenoble, 6 nov. 1894, D. 95. 2. 347, S. 96. 2. 67). Le subrogé tuteur remplace de même le tuteur et représente le mineur quand le tuteur veut prendre à bail l'immeuble du pupille (art. 450, al. 3) ; comme le tuteur ne peut jouer à la fois dans le bail le rôle de bailleur et celui de preneur, c'est le subrogé tuteur qui lui en passe acte au nom du pupille.

Mais lorsque le tuteur meurt ou disparaît, le subrogé tuteur n'a pas à prendre en mains la gestion de tutelle (art. 424) ; ce sont les héritiers du tuteur qui sont chargés de continuer provisoirement l'administration (art. 419). Tout le rôle du subrogé tuteur se borne alors à prévenir le juge de paix de la vacance de la tutelle et à requérir la convocation du conseil de famille (art. 424).

***1868. Tutelles pourvues d'un subrogé tuteur.** — A raison de l'importance du rôle que joue cette espèce de *censeur* du tuteur, la loi veut qu'il y ait un subrogé tuteur *dans toute tutelle* (art. 420). Elle ne fait pas même exception pour les père et mère. La subrogée tutelle se retrouve même dans la tutelle officieuse.

Toutefois elle manque dans la tutelle administrative des *enfants assistés* (L. 27 juin 1904, art. 13, et L. 18 décembre 1906), et on reconnaît en général que les tuteurs ad hoc n'ont pas besoin d'être assistés d'un subrogé tuteur, si ce n'est dans les actes pour lesquels la loi exige expressément son intervention.

1869. Nomination du subrogé tuteur. — Qui le nomme? C'est *toujours* le conseil de famille pour les enfants légitimes (art. 420) et le tribunal pour les enfants naturels (L. 2 juillet 1907) ; la subrogée tutelle est toujours *dative*. On peut considérer le subrogé tuteur comme un mandataire du conseil chargé de surveiller le tuteur. Comme conséquence de la même idée, il est interdit au tuteur de prendre part au vote pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423).

1870. Moment où il doit être nommé. — On comprend, par ce qui vient d'être dit, l'importance que la loi attache à l'existence du subrogé tuteur. Elle veut donc que sa nomination ait lieu au début de la tutelle, *avant l'entrée en fonctions du tuteur* (art. 421, al. 1er) ; il y a grand intérêt à ce que le tuteur ne fasse rien avant que le subrogé tuteur n'ait été nommé. Par conséquent lorsque c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur, il doit procéder *immédiatement* après à la nomination du subrogé tuteur (art. 442) (1). Si au contraire le tuteur ne tient pas sa qualité d'un vote du conseil de famille, la loi lui impose l'obligation de faire convoquer le conseil *dans le plus bref délai* pour procéder à cette nomination (art. 421) Ce dernier article donne à cette obligation une sanction sérieuse : s'il y a eu dol de la part du tuteur, il encourt la destitution. — Comp. les dispositions de la loi du 2 juillet 1907, qui donne aux parents naturels un délai de trois mois (ci-dessus, nº 1689, *in fine*).

1871. Qui peut être nommé subrogé tuteur. — Le conseil de famille jouit de la même liberté que pour le choix du tuteur ; il peut nommer une personne, de l'un ou de l'autre sexe (loi du 20 mars 1917), étrangère à la famille aussi bien qu'un parent ou un allié. Toutefois son choix, en ce qui concerne les membres de la famille, est restreint par une disposition spéciale : le tuteur et le subrogé tuteur ne peuvent être pris tous les deux dans la même ligne (art. 423) (2). S'ils appartenaient à la même ligne il pourrait arriver qu'ils eussent tous deux le même intérêt et qu'une entente frauduleuse s'établît entre eux (3).

(1) Il est impossible de satisfaire à cette prescription lorsque le conseil de famille a choisi un de ses membres pour être tuteur : ce membre étant incapable de voter pour la nomination du subrogé tuteur, le conseil ne se trouve plus en nombre, et on est obligé de renvoyer l'affaire à une autre séance.

(2) L'art. 423 ne rend pas exactement la pensée des auteurs de la loi. Il y est dit que le subrogé tuteur doit être pris « dans *celle des deux lignes* à laquelle le tuteur n'appartiendra pas ». Si l'on prenait ce texte au pied de la lettre, le conseil de famille n'aurait pas le droit de choisir un étranger. D'ailleurs la disposition impérative de la loi serait inapplicable au cas où il n'y a personne pour représenter l'autre ligne. Tout ce que le législateur a voulu, c'est éviter une communauté de liens entre le surveillant et le surveillé, qui pourrait faciliter des collusions.

(3) Toutefois la fonction du subrogé tuteur en exercice ne cesse pas de plein droit par la nomination d'un nouveau tuteur appartenant à la même ligne que lui (Cass., 12 déc. 1898, D. 99. 1. 305, S. 99. 1. 333).

1872. Exception pour les frères germains. — Cette règle souffre d'ailleurs une exception « dans le cas de frères germains » (art. 423). La formule est énigmatique, et son sens est contesté. L'interprétation la plus vraisemblable consiste à traduire ainsi : « Lorsque le *tuteur* et le *subrogé tuteur* sont tous deux des frères germains du mineur. » L'exception se justifie d'elle-même : le lien étroit qui unit les deux frères entre eux est le même qui les unit au mineur, il n'y a pas de raison pour que le subrogé tuteur trahisse un de ses frères pour l'autre. Mais M. Demolombe ne l'entend pas ainsi. Il traduit : « Lorsque le *tuteur* et le *pupille* sont frères germains. » Alors l'exception prend un autre sens : elle signifie que, lorsque le tuteur est un frère germain du mineur, la loi n'a pas entendu obliger le conseil de famille à choisir pour subrogé tuteur soit un autre frère germain s'il y en a, soit un parent simplement paternel ou simplement maternel. Avec cette interprétation l'équilibre essentiel entre les deux lignes se trouverait rompu si le subrogé tuteur appartient exclusivement à l'une d'elles. D'ailleurs il est naturel de croire que dans l'art. 423 l'épithète « frères germains » s'applique au tuteur et au subrogé tuteur qui sont seuls mentionnés dans le texte, et non au pupille qui n'y est pas nommé. — Dans l'une et l'autre interprétation, il convient d'étendre aux maris des sœurs germaines ce que la loi dit des frères germains (arg. art. 408).

1873. Nomination anticipée du subrogé tuteur. — Le subrogé tuteur est quelquefois tout nommé d'avance au moment où la tutelle s'ouvre. Ceci arrive lorsqu'il y a eu nomination d'un *curateur au ventre* (ci-dessus, n° 1876).

***1874. Responsabilité du subrogé tuteur.** — Comme *remplaçant du tuteur*, il a la même responsabilité que lui, puisqu'il en joue le rôle. Comme *surveillant*, et c'est là sa fonction propre, la loi a quelquefois déterminé sa responsabilité, à savoir la *solidarité avec le tuteur*, soit pour les suites du défaut d'inventaire (art. 1442), soit pour le défaut d'inscription de l'hypothèque légale du pupille (art. 2137). Hors ces cas, le subrogé tuteur ne répond plus que de sa propre faute et des conséquences qu'elle a pu avoir, et non pas de celles du tuteur (Poitiers, 9 janv. 1905, D. 1907. 2. 310 ; Rouen, 13 déc. 1905, D. 1908. 2. 233). Par exemple, s'il a négligé de demander la destitution d'un tuteur infidèle ou incapable ; de se faire remettre les états de situation ; de faire remplacer un tuteur mort ou absent (Nancy, 7 févr. 1861, D. 61. 2. 200) ; de surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par la loi du 27 février 1880 pour l'aliénation des valeurs mobilières (voyez l'art. 7 de cette loi) ; de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur (Cass., 12 déc. 1898, D. 99. 1. 305. S. 99. 1. 333).

Bien entendu, cette responsabilité propre au subrogé tuteur suppose toujours qu'il y a eu négligence de sa part et que cette négligence a causé quelque tort au mineur, en permettant au tuteur d'abuser de ses pouvoirs, alors qu'une intervention opportune du subrogé tuteur l'en eût empêché.

1875. Durée de la subrogée tutelle. — « Les fonctions du subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle », dit l'art. 425. Ce qui ne veut pas dire que les fonctions du subrogé tuteur cessent toutes les fois que le tuteur change. Le mot « tutelle » désigne ici l'ensemble des institutions qui protègent le mineur orphelin et non émancipé, et non pas la mission spéciale du tuteur qui n'en est qu'un rouage : double sens du mot qu'il importe de distinguer toujours. Le subrogé tuteur reste donc en fonctions même quand le tuteur vient à mourir. Les seuls faits qui mettent fin à sa mission sont l'*arrivée du pupille à sa majorité* ou son *émancipation*.

Cependant *le changement de tuteur* ne sera pas toujours sans influence sur la subrogée tutelle : si le nouveau tuteur est choisi dans la ligne à laquelle appartient le subrogé tuteur, celui-ci devra être remplacé par un représentant de l'autre ligne, par application de l'art. 423.

APPENDICE

DU CURATEUR AU VENTRE

1876. Sa mission. — Ce curateur n'a qu'un rôle tout à fait temporaire et très exceptionnel : l'hypothèse qui donne lieu à sa nomination est indiquée dans l'art. 393 : c'est celle où, lors du décès de son mari, la veuve se déclare enceinte. En attendant l'ouverture de la tutelle, ses fonctions consistent à surveiller la mère pour empêcher deux sortes de fraudes ; la *suppression de part* et la *supposition de part*. Une suppression de part peut être à craindre si la femme est donataire ou légataire universelle de son mari, et surtout si elle n'a pas d'autres enfants : celui qu'elle attend réduira de moitié par sa naissance l'effet de la libéralité qu'elle a reçue. La mère sera peut-être tentée de faire disparaître son enfant pour soutenir qu'elle n'en a jamais eu.

La supposition de part est à redouter dans l'hypothèse inverse : la mère qui se trouve veuve sans enfants et qui n'a reçu de son mari ni don, ni legs, va voir la fortune du défunt passer à des héritiers éloignés : si elle avait un enfant, et surtout un tout jeune enfant, elle conserverait pendant de longues années la jouissance légale de la fortune de son mari, qui serait recueillie par leur enfant. Elle pourra alors être tentée de faire croire à une grossesse, de se procurer un enfant nouveau-né, et de le faire passer pour sien (1). On voit que dans ce dernier cas, le curateur au ventre agit non pas dans l'intérêt de l'enfant, puisqu'il n'y en a pas, mais dans l'intérêt des héritiers du mari. — Une substitution de part serait aussi à craindre si la mère accouchait d'un enfant mort.

Inutile d'ajouter qu'il n'y a rien dans notre droit qui rappelle la visite des « obstetrices » décrite au *Digeste* dans le titre « De inspiciendo ventre custodiendoque partu » (XXV, 4). C'est pourtant de là que nous est venue l'expression « curateur au ventre ».

En outre, et quoique la loi ne le dise pas, ce curateur est chargé d'administrer provisoirement la succession lorsqu'il n'y a pas d'autres enfants. On ne sait, en effet, qui sera héritier du père ; personne n'est en état de réclamer la succession dévolue en premier lieu à l'enfant à naître, et la mère n'étant pas encore tutrice n'a pas qualité pour agir.

1877. Sa transformation en subrogé tuteur. — Le jour où l'enfant naît, la mère devient sa tutrice légale, et le *curateur au ventre* se transforme de plein droit en *subrogé tuteur* (art. 393, al. 2). Il résulte de là : 1° que la veuve ne peut pas prendre part au conseil de famille qui nomme le curateur ; 2° que le curateur doit être pris dans la ligne paternelle, le tout pour obéir à la double prescription de l'art. 423.

CHAPITRE V

GOUVERNEMENT DE LA PERSONNE DU MINEUR

***1878. Garde et éducation du mineur.** — Généralement, le tuteur a la garde de l'enfant, mais cette garde peut lui être enlevée, s'il y a lieu. De plus, le tuteur ne règle pas arbitrairement les relations du pupille avec les autres membres de la famille ; il est soumis sur ce point au contrôle des tribunaux (Nancy, 23 juin 1906, D. 1908. 2. 329, S. 1907. 2. 145).

(1) La loi du 9 mars 1891, qui a donné au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé, a beaucoup diminué l'utilité d'une supposition de part.

Le mineur doit recevoir une éducation en rapport avec sa position sociale et sa fortune. En principe, c'est *le tuteur qui choisit le genre d'instruction* à donner à l'enfant, l'établissement dans lequel il sera placé, la durée de ses études, etc. ; mais le droit du tuteur à cet égard n'est pas absolu. Il est admis que *le conseil de famille a un droit supérieur au sien*, et qu'il peut toujours intervenir sur la demande d'un de ses membres, ou du subrogé tuteur, ou du mineur lui-même (Colmar, 9 juill. 1894, D. 95. 2. 541). C'est donc le conseil de famille qui décide en réalité, et s'il laisse au tuteur toute liberté, c'est par suite d'un accord tacite ; il approuve en laissant faire.

En cas de conflit entre le conseil de famille et le tuteur, celui-ci peut se pourvoir devant le tribunal et faire réformer la délibération (Trib. civ. de Lille, 10 mars 1904, D. 1904. 2. 240). D'ailleurs le tuteur et le conseil de famille doivent toujours s'incliner devant la *volonté manifestée par le dernier mourant des père et mère*, surtout pour le choix de l'éducation religieuse à donner à l'enfant.

***1879. Droit de correction.** — Le tuteur, chargé de diriger l'éducation de l'enfant, a, comme disait Pothier, le droit de se faire obéir (*Des Personnes*, n° 162). La loi lui permet même, pour réprimer les écarts trop graves, de le faire emprisonner (art. 468). Seulement il ne peut user de cette ressource extrême qu'*avec l'assentiment du conseil de famille*, et de plus, quel que soit l'âge de l'enfant, il n'agit jamais par voie d'autorité, mais seulement *par voie de réquisition*. Voyez ci-dessus, n° 1669.

A tous autres égards, pour la procédure, la durée de l'emprisonnement, etc., la loi renvoie aux règles qu'elle a posées au titre « De la puissance paternelle ».

***1880. Choix d'une profession.** — Le choix d'une profession se présente souvent sous la forme d'un contrat : on achète un fonds de commerce, on s'engage comme artiste dramatique ou lyrique, etc. Il y a *achat* dans un cas, *louage de travail* dans l'autre. Ici des distinctions sont nécessaires :

1° Engagement théatral. — Un mineur, une jeune fille, par exemple, peut contracter un engagement de ce genre avec l'autorisation de ses parents ou de son tuteur (Paris, 8 juill. 1882, D. 83. 2. 93, S. 85. 2. 106).

Il a même été jugé que le tuteur a qualité pour contracter seul l'engagement au nom du mineur et sans le concours de celui-ci (Paris, 27 juin 1889, D. 90. 2. 206, S. 89. 2. 159), mais cette décision est généralement critiquée (comp. Demolombe, t. VII, n° 800) ; le tuteur doit se borner à autoriser.

2° Engagement décennal dans l'instruction publique. — Pour ce cas il existe des textes spéciaux (L. 15 mars 1850, art. 79 ; Décr. 2 juillet 1866, art. 14), d'où il résulte que l'engagement doit être pris par le mineur lui-même, avec l'autorisation de ses parents ou de son tuteur (Cass., 26 janv. 1891, D. 91. 1. 123).

3° Entreprise commerciale. — Nul ne peut devenir commerçant par le fait d'autrui ; la qualité de commerçant est personnelle et ne peut s'ac-

quérir que par des actes personnels. Ce principe, qui résulte des traditions, est sous-entendu par la loi, quand elle règle les conditions sous lesquelles un mineur peut devenir commerçant : il faut notamment qu'il soit *émancipé* (art. 3 C. com.). Il en résulte que l'achat d'un fonds de commerce est impossible pour un mineur en tutelle.

Cela n'empêche pas toutefois le tuteur de pouvoir faire, au nom de son pupille, avec ou sans formalités, des actes de commerce isolés. Il peut, par exemple, acquérir à titre de placements de fonds des actions dans une société commerciale ou industrielle (Paris, 21 mai 1884, D. 85. 2. 177, S. 85. 2. 97) ; or la simple souscription d'actions de ce genre est considérée comme un acte de commerce. Le droit du tuteur de faire des actes de commerce, même isolés, pour le compte de son pupille, est cependant discuté. Voyez la note de M. Ch. Lyon-Caen, dans *Sirey*, sous l'arrêt de Paris précité.

***1881. Mariage, engagement militaire, émancipation.** — Lorsqu'il s'agit du mariage de l'enfant, ce n'est pas le tuteur, mais le conseil de famille qui donne son consentement. Pour l'engagement dans l'armée, c'est le tuteur qui consent, mais avec l'autorisation du conseil. On verra que ce n'est pas au tuteur qu'appartient le droit d'émanciper l'enfant, mais au conseil de famille ; le tuteur ne peut que provoquer l'émancipation. Sur ces trois points, le *pouvoir tutélaire réside dans le conseil* et n'est pas aux mains du tuteur.

***1882. Fixation de la dépense annuelle.** — C'est le conseil de famille qui fixe ce qu'on a appelé le « budget de la tutelle », c'est-à-dire *la somme qui pourra être dépensée chaque année pour l'entretien personnel du mineur* (art. 454). Le conseil doit prendre cette décision dans sa première réunion, celle qui doit avoir lieu au début de la tutelle sur la requête du tuteur (ci-dessus, nos 1784 et 1855-2o). La loi dit que le conseil règle cette somme *par aperçu*. En effet, il est impossible d'établir d'avance la somme qui sera nécessaire ; ce n'est qu'une indication dont le tuteur fera bien de ne pas trop s'écarter. Cependant si les prévisions du conseil de famille se trouvaient dépassées, le tuteur aurait le droit de porter toute la dépense en compte, à la charge pour lui de justifier de son utilité (1).

Pour éviter des comptes assez difficiles à établir, surtout quand le pupille est élevé et nourri dans la maison du tuteur, le conseil accorde très souvent une somme à *forfait* pour indemniser le tuteur de ces frais.

***1883. Charge des frais.** — En général l'enfant n'est pas à la charge de son tuteur. Si l'enfant a des biens personnels, c'est sur ces biens, en première ligne, que doivent être prises les sommes nécessaires. Lorsqu'il n'a pas de biens personnels ou lorsque ceux qu'il a sont insuffisants, il doit y être pourvu par les personnes qui sont tenues envers lui de l'obligation alimentaire, et tout d'abord par sa mère, si elle vit encore. Lorsque le tuteur sera tenu de ces frais, ce sera à titre d'ascendant, et non pas à titre de tuteur.

Par exception, certains tuteurs acceptent, en même temps que la gestion tutélaire, la charge de nourrir et élever l'enfant. Ce sont les *tuteurs officieux*. D'abord celui du Code civil. Voyez l'art. 364 : « Cette tutelle... emportera avec soi l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie, sans préjudice de toutes stipulations particulières », et rapprochez-en l'art. 369 : « Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille,

(1) Ceci n'est vrai qu'en supposant que le tuteur se tient dans la limite des revenus du pupille. Il ne lui est pas permis d'engager annuellement des dépenses excessives pour en réclamer les excédents accumulés dans son compte de tutelle de façon à absorber une partie des capitaux du mineur, sans une autorisation spéciale du conseil de famille. (Cass., 19 avril 1886, D. 87. 1. 171).

les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux à fin d'adoption restent sans effet et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur pourra être condamné à l'indemniser... Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier. » — En second lieu le tuteur officieux de la loi de 1889 : quoiqu'il se soit chargé de l'enfant sans avoir l'intention de l'adopter, on lui applique l'art. 364 (art. 13 de la loi). La tutelle *officieuse* est donc en même temps *onéreuse*.

1884. Règles spéciales au survivant des père et mère. — Le gouvernement de la personne du pupille n'est pas toujours une fonction tutélaire : le tuteur ne peut l'avoir qu'au cas où l'enfant n'a plus ni père ni mère, ou lorsque celui qui survit a perdu en droit ou en fait, soit par déchéance, soit par aliénation mentale, l'exercice de la puissance paternelle. Tant que l'un des parents est vivant et capable, celui-là conserve tous ses droits sur la personne de l'enfant, qu'il aît ou non la tutelle.

Dès lors deux situations différentes sont à prévoir :

1° *La tutelle n'appartient pas au survivant.* — En ce cas la charge se divise : la gestion des intérêts pécuniaires de l'enfant passe seule au tuteur et au conseil de famille. Le gouvernement de la personne reste au survivant des parents.

2° *La tutelle appartient au survivant.* — En ce cas les deux fonctions, gouvernement de la personne et administration du patrimoine, sont réunies dans les mêmes mains. Cependant il est encore intéressant de savoir que la direction de la personne de l'enfant lui appartient, non pas en qualité de tuteur, mais *en vertu de sa puissance paternelle*. En effet, la puissance paternelle donne au père ou à la mère des droits plus étendus que ceux d'un simple tuteur, notamment ils ne sont pas soumis au contrôle du conseil de famille. L'art. 454 tire de là une conséquence importante : c'est que lorsque la tutelle appartient au père ou à la mère, *le conseil de famille n'est pas appelé à régler la dépense annuelle du mineur*. Toute latitude est laissée aux père et mère (Bordeaux, 5 déc. 1899, D. 1900. 2. 380).

Enfin quand l'un des deux parents survit et conserve la puissance paternelle, c'est lui qui consent au mariage de l'enfant (art. 148), à son adoption (art. 346), à son engagement militaire, ou qui l'émancipe (art. 477).

CHAPITRE VI

GESTION DU PATRIMOINE DU PUPILLE

§ 1. — *Entretien et exploitation des biens.*

A. — Actes conservatoires.

****1885. Liberté d'action du tuteur.** — Le tuteur a certainement qualité pour engager sans autorisation toutes les dépenses exigées par les actes dits « conservatoires », comme la transcription d'un acte d'achat, l'inscription d'une hypothèque, une police d'assurance contre l'incendie, etc.

L'*interruption de prescription* fait seule difficulté. Elle résulte ordinairement de l'exercice de l'action : or on verra qu'en matière immobilière le tuteur ne peut pas agir en justice sans autorisation. On s'est donc demandé si l'action intentée par lui suffisait pour opérer l'interruption de prescription. On l'admet en général, parce que l'autorisation du conseil de famille intervenant ensuite suffit pour régulariser la procédure. Dans les cas urgents le tuteur pourra donc lancer l'assignation : s'il se fait ensuite autoriser à plaider, la prescription aura été régulièrement interrompue.

B. — Réparations.

***1886. Pouvoir du tuteur.** — Les réparations sont, à leur manière, des actes conservatoires. Le tuteur a donc droit de les faire sans autorisation, et il peut passer tous marchés et traités à cet effet.

Il y a cependant une difficulté sérieuse pour ce qu'on appelle les *grosses réparations*, celles qui ne sont pas de nature à s'exécuter avec les revenus et pour lesquelles il faut entamer le capital. M. Demolombe a cherché à démontrer que le tuteur n'avait pas le droit d'engager la dépense et de traiter pour les travaux avec un entrepreneur (t. VII, nos 649 et 650). Mais, dans l'état actuel des textes, ce système vient échouer devant le principe établi plus haut, que le tuteur a pleins pouvoirs sauf pour les actes dont les conditions sont réglées par la loi (ci-dessus, nos 1851 et 1852). Or il s'agit ici de contracter des obligations nécessaires pour l'administration dont le tuteur est chargé, et il n'y a dans la loi aucun texte restrictif de ses pouvoirs.

C. — Baux.

***1887. Règle sur la durée des baux.** — Le tuteur peut donner à bail les biens du mineur, c'est lui qui fixe seul et librement le prix du loyer et la durée du bail ; toutefois une restriction notable est apportée à son pouvoir, afin d'éviter que le pupille ne se trouve lié à sa sortie de tutelle par un bail d'une durée excessive (1). Les *baux de plus de neuf ans* sont considérés comme excédant les pouvoirs d'un administrateur ; le tuteur n'en doit donc point faire, en principe. Néanmoins, un bail dépassant neuf ans *n'est pas nul* ; le preneur reste en jouissance tant que dure la tutelle, mais lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure le mineur devenu majeur sera lié par le bail que son tuteur avait consenti, on applique le système suivant : le bail est *divisé en périodes de neuf ans*, à compter de son origine, et le preneur a seulement le droit de terminer la période dans laquelle il se trouve, quand le pupille sort de tutelle. De la sorte, le pupille n'est pas lié pour un temps plus long que si son tuteur avait passé successivement plusieurs baux de neuf ans.

***1888. Renouvellement des baux.** — Le tuteur a le droit de consentir un renouvellement aux locataires et fermiers, avant l'expiration du bail en cours, pour éviter des pertes de loyers par suite de vacances ; mais il ne peut le faire que dans les trois dernières années, s'il s'agit de biens ruraux ; dans les deux dernières, s'il s'agit de maisons. Lorsque le renouvellement du bail a lieu dans ce délai, le mineur est obligé de le respecter, ce qui peut porter à 12 ou 11 ans au maximum l'effet des baux consentis par le tuteur. Si le renouvellement a lieu plus tôt, il est « sans effet », dit l'art. 1430, c'est-à-dire qu'il n'est pas opposable à l'ex-mineur devenu majeur.

1889. Loyers d'avance. — Le tuteur ne peut pas se faire payer des loyers d'avance ; ce serait une anticipation de jouissance qui risquerait de mettre plus tard le mineur dans la gêne. Un versement de loyers d'avance pourrait cependant être autorisé par l'usage des

(1) Cette restriction est établie par le Code civil, par les art. 1429 et 1430, qui s'occupent des baux faits par le mari comme administrateur des biens de sa femme, et c'est à l'aide d'un renvoi, contenu dans l'art. 1718, au titre « Du louage », que ces textes sont déclarés applicables aux baux passés par les tuteurs.

lieux ; par exemple à Paris, les propriétaires exigent souvent six mois d'avance, à titre de garantie, pour les locations de boutiques et de magasins.

D. — Frais de gestion.

***1890. Fixation de la dépense annuelle.** — En même temps qu'il fixe la somme qui pourra être employée annuellement pour l'entretien personnel du mineur, le conseil de famille est appelé à déterminer la somme qui pourra être dépensée chaque année « pour l'administration de ses biens » (art. 454). Cette décision est prise dans l'assemblée qui a lieu lors de l'entrée en exercice du tuteur. La fixation est faite de la même manière, *par aperçu* c'est-à-dire en chiffres ronds, d'après l'importance des biens régis (même art.). — Pour les enfants naturels, ce soin revient au tribunal.

1891. Compte des frais. — Quelle que soit la somme allouée, le tuteur n'est pas dispensé d'en rendre compte. Il doit justifier qu'elle a été réellement dépensée, et s'il y a un reliquat il en est comptable. Toutefois on peut lui allouer une somme à *forfait* pour le couvrir de ses frais de gestion. Comparez ci-dessus, nº 1857.

Les mots « administration des biens » ne comprennent que les frais d'administration proprement dits (voyages, faux frais et autres) et non les sommes dépensées en réparations. Il est impossible que le conseil règle celles-ci d'avance, même par aperçu ; elles varient trop d'une année à l'autre.

1892. Dispense accordée aux père et mère. — La fixation par le conseil de famille de la somme susceptible d'être employée annuellement en frais n'a pas toujours lieu ; le survivant des père et mère n'y est pas astreint. « Dans toute tutelle *autre que celle des père et mère* », dit l'art. 454.

§ 2. — *Manutention des deniers.*

A. — Paiements à recevoir.

****1893. Sommes dues par des tiers.** — Le tuteur a qualité pour recevoir l'argent et pour donner quittance, quelle que soit la somme à recevoir, qu'il s'agisse de simples *revenus* ou de *capitaux*. On verra (nº 1897) que le tuteur est soumis à l'obligation de *faire emploi*, c'est-à-dire de placer les capitaux disponibles, mais les tiers qui se libèrent entre ses mains ne sont *en aucun cas garants envers le mineur de cet emploi* (L. 27 février 1880, art. 6 *in fine*). Le paiement qu'ils font aux mains du tuteur est toujours valable, et, si l'emploi n'est pas fait, le tuteur seul en est responsable ; le mineur n'a d'action que contre lui. La présence du subrogé tuteur n'est pas nécessaire.

Par suite, les tiers qui ont un paiement à faire entre les mains du tuteur ne peuvent pas exiger que le tuteur justifie de l'emploi qu'il fera des fonds (Trib. de Saint-Dié, 22 juin 1882, Dalloz, *Suppl.*, t. X, p. 721, note 1, S. 82. 2. 230). Pouvant recevoir l'argent, le tuteur peut faire novation par changement de débiteur (Aix, 10 mai 1906, S. 1906. 2. 160).

Sommes dues par le tuteur. — Si c'est le tuteur qui est débiteur, il est *censé se payer lui-même à l'échéance*, et s'il n'a pas placé la somme due, il en doit les intérêts comme s'il s'agissait d'une somme à lui versée par un débiteur du pupille.

1894. Retraits de fonds dans les caisses d'épargne. — Le tuteur, ayant pleins pouvoirs toutes les fois que la loi n'a rien dit, a qualité pour retirer seul les fonds déposés

dans une caisse d'épargne, alors même qu'ils constitueraient tout l'avoir de son pupille, ce qui est fort dangereux (Cass., 13 mars 1905, D. 1906. 1. 165, P. et S. 1910. 1. 477).

B. — Paiements à faire.

1895. Sommes dues à des tiers. — Lorsque le mineur a des dettes échues, le tuteur doit les payer et en retirer quittance. Il peut même payer avant terme, s'il y a avantage, par exemple quand la dette du mineur produit des intérêts à un taux élevé. S'il n'a pas de fonds disponibles, il peut s'en procurer par une vente de valeurs ou par un emprunt, en remplissant les formalités voulues (ci-dessous, nos 1915 et 1930).

1896. Sommes dues au tuteur. — Lorsque c'est lui-même qui est créancier, il peut se payer et porter en compte la somme qu'il prend. Une obligation particulière est imposée au tuteur lorsqu'il est créancier du mineur au moment de son entrée en fonctions (ci-dessous, no 1936).

C. — Placement des capitaux et des économies.

****1897. Caractère obligatoire du placement.** — Le tuteur est obligé de placer les fonds disponibles, soit qu'il s'agisse de *capitaux* déjà anciens, soit qu'il s'agisse du capital naissant, à l'état de formation, et provenant d'*économies* faites sur les revenus.

Le Code civil n'avait prévu, dans l'art. 455, que le placement des économies, parce qu'il avait voulu fixer au tuteur un délai pour le faire ; mais on reconnaissait en général que le placement des capitaux n'en était pas moins obligatoire pour le tuteur. L'opinion contraire, qui argumentait du silence du texte pour laisser au tuteur toute liberté, n'était qu'une subtilité, que les commentateurs les plus sérieux dédaignaient même de discuter. Néanmoins les auteurs de la loi du 27 février 1880 ont jugé utile d'ordonner expressément la placement des capitaux (art. 6) pour couper court aux hésitations qui s'étaient produites (voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, vo Minorité, no 464). En déclarant obligatoire le placement des capitaux, on n'a fait que consacrer l'état antérieur du droit.

***1898. Détermination du chiffre auquel commence l'obligation de faire emploi.** — On ne pouvait obliger le tuteur à placer immédiatement toute somme disponible, si faible qu'elle fût : ces petits placements eussent été difficiles et souvent désavantageux. La loi ne pouvait pas davantage, à cause de la diversité des fortunes, fixer d'une façon uniforme le chiffre à partir duquel l'emploi deviendrait obligatoire. Elle a laissé ce soin au *conseil de famille*, qui détermine ce chiffre dans sa première réunion à l'ouverture de la tutelle.

1899. Conditions de validité du placement. — Deux conditions sont nécessaires : 1o lorsqu'il s'agit de *capitaux*, une *autorisation du conseil de famille*, *homologuée* dans certains cas par le tribunal ; 2o quelle que soit l'origine des deniers, la *forme nominative des titres*, quand le placement est fait en valeurs mobilières.

***1900. De l'autorisation du conseil de famille** (1). — Cette autorisation

(1) Rappelons, une fois pour toutes, que pour les enfants naturels, il n'y a pas de conseil de famille et que les fonctions de ce conseil sont attribuées au tribunal civil par la loi du 2 juillet 1907.

n'est *point nécessaire* lorsqu'il s'agit d'employer des *économies* faites sur les revenus. Elle n'est, en effet, exigée que par la loi de 1880, laquelle ne s'est occupée que du placement des capitaux ; le placement des économies est exclusivement régi par l'art. 455, et si ce texte fixe certaines conditions, notamment quant au délai de l'emploi, il laisse au moins au tuteur pleine liberté pour le choix des valeurs destinées à servir de placement. Il le fait, comme bon lui semble, sous sa seule responsabilité.

Au contraire, l'autorisation du conseil de famille est toujours *exigée pour le placement des capitaux* (Rennes, 9 févr. 1904, D. 1904. 2. 263 ; Toulouse, 19 mars 1906, D. 1906. 2. 192).

Le droit du conseil de famille de déterminer le mode de placement n'est pas douteux lorsqu'il s'agit de capitaux provenant d'un *acte qui dépend de l'autorisation du conseil de famille*, tel que la vente d'immeubles ou l'aliénation de valeurs mobilières. Le conseil, en accordant l'autorisation de vendre, peut « indiquer toutes les conditions qu'il jugera utiles », disent l'art. 457 C. civ. et l'art. 1er, al. 2, de la loi du 27 février 1880. Il peut donc subordonner son consentement à un emploi d'une certaine espèce pour le capital à provenir de la vente. Mais le doute s'élève lorsqu'il s'agit de capitaux échus au mineur par *succession*, et surtout de *remboursements effectués par les débiteurs* du mineur, capitaux que le tuteur a certainement qualité pour recevoir sans autorisation. Jusqu'en 1880, on pouvait affirmer que le conseil de famille n'avait pas à se mêler de ces opérations, et que le tuteur faisait le placement à sa guise et jouissait à cet égard d'une liberté absolue. Dans son art. 6, après avoir établi le principe de l'obligation du remploi des capitaux, la loi du 27 février 1880 ajoute : « Les règles prescrites par les articles ci-dessus seront applicables à cet emploi. » Quel est le sens de ce renvoi? On a soutenu que le législateur avait entendu simplement ordonner l'achat de valeurs nominatives (M. Ch. Lyon-Caen, Note dans *Sirey*, 85. 2. 97 à 100). Mais en ce cas, il suffisait de renvoyer à l'art. 5 de la loi qui défend aux tuteurs de conserver les valeurs pupillaires sous la forme de titres au porteur. L'art. 6 de la loi renvoyant d'une façon générale *aux articles précédents*, on doit y comprendre même l'art. 1er. Or cet article subordonne les opérations qu'il prévoit à l'autorisation du conseil de famille, et même à l'homologation du tribunal lorsque la valeur dépasse 1 500 francs. Ces formalités, prescrites pour la *vente* de valeurs mobilières par l'art. 1er, sont donc devenues, grâce au renvoi de l'art. 6, également nécessaires pour leur *achat*, ou plus exactement pour tout *placement de capital*. C'est ce qui est généralement reconnu (Huc, t. III, nº 418 ; Paris, 21 mai 1884, D. 85. 2. 177, S. 85. 2. 97 ; Paris, 13 janv. 1885. D. 85. 2. 177, S. 85. 2. 101. — Voyez cependant Dalloz, *Suppl.*, vº Minorité, nº 471, et la note sous l'arrêt de Paris précité). Un placement de capital est toujours chose grave ; il dépasse certainement les pouvoirs d'un simple administrateur (ci-dessous, nº 2022), et il n'est pas mauvais que le tuteur se trouve ici soumis à la surveillance du conseil de famille (1).

1901. Homologation. — Il résulte de l'arrêt de la Cour de Paris, précité, que ce n'est pas seulement l'autorisation du conseil de famille, qui est requise, mais aussi l'*homologation du tribunal*, lorsque la somme à placer dépasse 1 500 francs ; cette formalité est, en effet, prescrite par l'art. 2, un des articles compris dans le renvoi de l'art. 6.

1902. Forme nominative des titres (2). — Si l'argent du pupille est placé au

(1) Profitant des facilités que leur laissait la législation antérieure à 1880 certains tuteurs jouaient à la bourse avec les capitaux du pupille et finissaient par les perdre entièrement. D'autres adoptaient comme placement les plus mauvaises valeurs et il était rare que les tribunaux se décidassent à les condamner comme coupables de faute lourde. Quand cela arrivait, le recours du mineur était le plus souvent inutile, à cause de leur insolvabilité.

(2) Le *titre nominatif* est un écrit qui constate une *obligation* (obligations des villes et des compagnies, rentes sur l'État, etc.) ou une *action* dans une société, et qui porte le nom de son titulaire. Ces titres ne peuvent être cédés que par une opération spéciale appelée *trans-*

moyen d'un achat de valeurs mobilières, qu'il s'agisse d'un capital ancien ou d'économies récentes, les titres doivent être *nominatifs*. Ceci résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 27 février 1880, et du renvoi que fait l'art. 6 aux dispositions qui le précèdent, ce qui comprend l'art. 5, qui interdit aux tuteurs de conserver des titres sous la forme au porteur. Comp. Paris, 21 mai 1884, D. 85. 2. 177, S. 85. 2. 97.

***1903. Délai pour faire le placement.** — Le délai donné au tuteur varie : pour les économies, l'art. 455 lui accorde un délai de *six mois* (1) ; pour les capitaux, le Code n'avait fixé aucun délai ; la loi de 1880, art. 6, ne donne que *trois mois*, mais le conseil de famille peut fixer *un délai plus long*.

Si le conseil se méfie du tuteur ou s'il veut le décharger de la garde des fonds, il peut ordonner que les sommes trop faibles pour être placées seront *déposées*, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit chez un notaire ou un banquier, en attendant leur emploi (art. 1er et 6 combinés).

1904. Sanction de l'obligation du tuteur. — Si le délai donné par la loi ou par le conseil de famille est expiré sans que l'emploi ait été fait, *le tuteur doit les intérêts de plein droit* à partir de l'expiration du délai. Et s'il n'a pas fait fixer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle il devra employer les deniers du pupille, il doit *les intérêts de toute somme, quelque modique qu'elle soit* (art. 456).

1905. Situation spéciale du père ou de la mère ayant la tutelle légale. — L'obligation de faire emploi existe-t-elle pour le survivant des père et mère comme pour les autres tuteurs? Il faut distinguer entre l'*emploi des capitaux* et celui des *économies*.

Les art. 455 et 456, qui établissent l'obligation de l'emploi pour les économies annuelles, ne concernent pas les père et mère, tuteurs légaux de leurs enfants. Dans l'art. 454, la loi commence par dispenser les père et mère de l'obligation que cet article établit pour les autres tuteurs de faire voter par le conseil de famille la somme à dépenser annuellement. Ce n'est que dans l'art. 457 qu'elle fait pour ainsi dire rentrer cette tutelle au rang des autres en disant : « *Tout tuteur, même les père et mère...* » Ce procédé de rédaction suppose que les deux articles intermédiaires 455 et 456 sont également inapplicables au père et à la mère (Aubry et Rau, § 113, note 42, t. I, p. 144 ; Demolombe, t. VII, nº 628). Cette dispense leur profite même après l'extinction de leur usufruit légal, puisque la loi ne distingue pas.

Mais l'art. 6 de la loi de 1880 comprend certainement les père et mère : on n'a pas entendu faire d'exception pour eux, lorsqu'on a établi le remploi obligatoire des capitaux. En conséquence il y aura lieu de distinguer entre leurs mains les sommes provenant d'économies et celles qui ont le caractère de capitaux remboursés. Ces dernières doivent être placées. Il n'y a même pas d'exception à faire en faveur du père et de la mère pendant la durée de leur droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant : comme usufruitiers, ils n'ont de droits que sur l'ensemble du patrimoine, une fois que celui-ci est constitué conformément au vœu de la loi.

§ 3. — *Aliénations.*

A. — Aliénations à titre gratuit.

**** 1906. Restriction ancienne concernant les aliénations gratuites.** — Il y a une catégorie d'aliénations qui sont *entièrement interdites* au tuteur ; ce sont les *aliénations gratuites*, qui se font sans contre-partie et qui

fert, qui consiste dans une mutation faite par écrit sur les registres de la ville ou de la compagnie, et dans la délivrance d'un titre nouveau au cessionnaire (I.L. 24 août 1793 et 28 floréal an VII). Voyez tome II, nº 1619.

(1) Ce délai court du jour de l'encaissement des revenus disponibles (Orléans, 13 nov. 1890, D. 91. 2. 357, S. 92. 2. 216).

ont pour type la *donation*. Le tuteur est chargé de conserver le patrimoine du pupille, et non de le gaspiller par des libéralités au profit des tiers. Aussi, depuis un temps immémorial, le pouvoir de faire des donations a-t-il été refusé au tuteur ; il en était déjà ainsi en droit romain, et cette prohibition semble même avoir été établie par l'usage et n'avoir jamais fait l'objet d'une disposition législative. Elle est *sous-entendue* par le Code (voyez les art. 511, 903 et 1398). La loi a sans doute jugé inutile de s'exprimer sur un point universellement admis, pour dénier au tuteur un pouvoir qui serait en contradiction avec l'objet même de sa mission.

1907. Cas assimilés à la donation. — Toute aliénation gratuite est prohibée de même que la donation proprement dite. Ainsi un tuteur ne peut ni renoncer à une prescription acquise, ni donner volontairement mainlevée d'une hypothèque, sans toucher le montant de la créance.

***1908. Exceptions.** — En principe, l'interdiction de donner s'étend aux *meubles* aussi bien qu'aux *immeubles*. Cependant il est fait exception pour certaines libéralités qui s'imposent, telles que les *cadeaux d'usage*. Le tuteur peut en faire, pourvu qu'ils soient proportionnés à la fortune du pupille, et encore fera-t-il bien de s'en montrer économe, car un mineur, en général, n'est guère tenu à de pareilles obligations.

B. — Aliénation à titre onéreux.

1° Vente des meubles corporels.

***1909. Son caractère obligatoire.** — Non seulement le tuteur peut les vendre, mais il y est obligé (voyez ci-dessous, n° 1943) ; il doit les vendre et en placer le prix ; il ne peut les conserver, en tout ou en partie, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. La règle est donc ici renversée ; ce n'est pas pour *vendre*, c'est pour *conserver*, que le tuteur a besoin d'être autorisé.

***1910. Formes de la vente.** — Du reste, la vente ne se fait pas à l'amiable. Elle doit avoir lieu *aux enchères*, après affiches, *en présence du subrogé tuteur* et par le ministère d'un *officier public* dont le choix appartient au tuteur (art. 452 C. civ. ; art. 617, 620, 621 C. proc. civ. — Comp. art. 945 C. proc. civ.).

***1911. Sanction.** — Qu'arriverait-il si le tuteur avait vendu sans observer ces formalités? Théoriquement *la vente serait nulle*, mais les tiers seraient souvent à l'abri de toute réclamation grâce à la règle : « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279).

2° Vente des meubles incorporels.

***1912. Biens compris sous cette désignation.** — La loi du 27 février 1880 dit « valeurs mobilières ». Les deux expressions ont le même sens, et comprennent *tous les meubles qui ne sont pas matériels*, tels que créances ordinaires, valeurs de bourse, fonds de commerce, offices, etc.

***1913. Ancienne controverse.** — L'art. 452 C. civ. qui règle la vente du mobilier, ne comprend sous la qualification de « meubles », que ceux qui sont *corporels*. Telle est du moins l'interprétation qui a prévalu, et en réalité l'existence de valeurs mobilières incorporelles dans le patrimoine du mineur n'était pas entrée dans la prévision du législateur (voyez les autorités citées dans DALLOZ, *Répert.*, v° Minorité, n° 454, *Suppl.*, n° 326, et dans SIREY, 70. 1. 66, n° 11). Alors apparaissait l'intérêt de la question examinée plus haut (au n° 1851) sur l'étendue des pouvoirs du tuteur, puisqu'il s'agissait d'un acte non prévu par les textes. En général les auteurs s'accordaient à lui donner *pleine liberté* : le tuteur, d'après eux, pouvait vendre seul, sans autorisation, les valeurs mobilières de son pupille. Or on peut être millionnaire avec des actions ou des obligations de chemins de fer ou d'autres sociétés : tout cela tient en quelques feuilles de papier, et tout cela était, *sans surveillance et sans contrôle*, à la disposition du tuteur.

Une loi du 24 mars 1806 lui avait bien défendu de vendre sans autorisation du conseil de famille les *inscriptions de rentes sur l'État au-dessus de* 50 *francs de revenu* et un décret du 25 septembre 1813 avait rendu cette loi applicable aux *actions de la Banque de France*, toutes les fois que le mineur possédait plusieurs actions ou des coupons représentant plus d'une action entière, mais cette protection, limitée à deux sortes de titres, était insuffisante. Du reste, ces solutions étaient loin d'être incontestées.

***1914. Jurisprudence antérieure à 1880.** — Pendant longtemps la jurisprudence s'était montrée beaucoup plus soucieuse que la doctrine des intérêts des mineurs. Elle annulait les aliénations de valeurs pupillaires consenties par le tuteur sans autorisation (Douai, 28 juin 1843 ; Cass., 12 déc. 1855, cassant un arrêt de Nîmes qui avait validé l'aliénation, D. 56. 1. 18 ; Saint-Denis de la Réunion, 25 mai 1866, D. 69. 1. 369, S. 70. 1. 65). Un revirement subit s'est produit en 1871. La Cour de Paris d'abord, la Cour de cassation ensuite, ont décidé que le tuteur n'avait pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner les valeurs du pupille autres que les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France (Paris, 11 déc. 1871, D. 72. 2. 75, S. 71. 2. 249 ; Cass., 3 févr. 1871, DALLOZ, *Suppl.*, t. X, p. 709, note 2, S. 73. 1. 61 ; Cass., 4 août 1873, D. 75. 5. 468, S. 73. 1. 441). Ce sont ces décisions judiciaires qui ont rendu nécessaire la loi de 1880.

****1915. Réforme de 1880.** — On demanda de toutes parts des restrictions aux pouvoirs ainsi nouvellement reconnus aux tuteurs, et la loi du 27 février 1880 réglementa « l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs ou à des interdits ». Désormais le tuteur ne peut plus vendre une valeur mobilière appartenant à son pupille, *si faible qu'en soit le chiffre*, sans une *autorisation préalable du conseil de famille* (art. 1er de la loi). On n'a pas voulu permettre au tuteur d'aliéner sans autorisation le titre le plus minime, et cela pour deux raisons : 1° ce sont surtout les mineurs pauvres qui ont besoin d'être protégés ; 2° le tuteur aurait pu, au moyen d'aliénations répétées, disposer finalement de sommes considérables. En outre, quand le chiffre de la valeur à aliéner dépasse 1 500 francs en capital, d'après une évaluation à faire par le conseil de famille, il faut l'*homologation du tribunal* (art. 2).

La loi de 1806 et le décret de 1813 ont été abrogés, de telle sorte que la règle est la même pour toutes les valeurs sans distinction.

1916. Formes de la vente. — S'il s'agit de valeurs *négociables à la Bourse*, elles sont vendues *par le ministère d'un agent de change*. Pour toutes les autres valeurs, c'est le conseil de famille, et après lui le tribunal, qui déterminent les formes à employer. — Des difficultés se présentent pour le cas où les valeurs à vendre sont indivises entre le mineur et des cohéritiers majeurs. Voyez sur ce point, t. III, n° 2352.

***1917. Acte assimilé à la vente des valeurs.** — La loi nouvelle a assimilé à la vente, quant aux formalités à remplir par le tuteur, la *conversion de titres nominatifs en titres au porteur.*

Une jurisprudence assez récente avait au contraire considéré cette conversion comme un acte de pure administration, permis comme tel aux incapables ayant l'administration de leurs biens (Paris, 12 juill. 1869, D. 70. 2. 29, S. 69. 2. 321 ; Cass., 8 févr. 1870, D. 70. 1. 336) et aux tuteurs (Cass., 4 août 1873, D. 75. 5. 468, S. 73. 1. 441). Cette jurisprudence avait été fortement critiquée, et avec juste raison (note de M. Ch. Lyon-Caen dans *Sirey*, 69. 2. 321). La conversion de valeurs nominatives en valeurs au porteur n'est pas un acte d'administration. En fait, elle met le titre à la discrétion du tuteur, qui peut le faire disparaître sans aucune formalité et sans qu'il en reste de trace, car un titre au porteur s'aliène par simple tradition, de la main à la main, comme une pièce de monnaie. C'est pour cela que *la loi soumet la conversion des titres aux mêmes formalités que l'aliénation du capital qu'ils représentent* (art. 10). Dans la pratique, cette opération devra être des plus rares, car on ne voit pas quelle en pourrait être l'utilité pour l'incapable (1).

En outre, bien que la loi assimile la conversion à l'aliénation des valeurs, et l'autorise en des termes aussi larges, il y a un cas où la conversion devient en fait impossible, bien que l'aliénation puisse encore se faire. Voyez à ce sujet, t. III, nº 2352.

3º Aliénation des immeubles.

***1918. Ancienneté de la restriction des pouvoirs du tuteur.** — La défense d'aliéner librement les immeubles du pupille est le point sur lequel l'idée d'une réduction des pouvoirs du tuteur est apparue pour la première fois dans la législation. Elle remonte en effet au Sénatus-consulte rendu en l'an 195, sur la proposition de Septime-Sévère, qui défendait l'aliénation des « prædia rustica vel suburbana » du pupille ou du mineur. C'est cette prohibition que nos coutumes et nos anciens auteurs ont conservée, en la transformant quelque peu par l'intervention du conseil de famille (2).

****1919. Système actuel.** — D'après l'art. 457, la vente d'un immeuble ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une *délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal*, quelle que soit la valeur de l'immeuble.

La vente ne doit être autorisée que s'il y a *nécessité de vendre* ou tout au moins *avantage évident* (même article).

En autorisant la vente, le conseil peut prescrire « toutes les *mesures* qu'il jugera utiles », dit la loi. Il peut, par exemple, fixer un prix minimum au-dessous duquel l'immeuble devra être retiré de la vente, ou régler le remploi du prix, ou du reliquat du prix, si l'argent est destiné principalement à payer des dettes ou à faire des réparations. Mais les tiers acquéreurs ne sont jamais garants du remploi envers le mineur.

(1) Une ordonnance du 29 avril 1831 a prohibé d'une façon absolue, dans son article 9, la conversion en titres au porteur des titres nominatifs de rentes sur l'État appartenant à des mineurs. Le décret du 18 juin 1864, qui a permis aux rentiers de se faire délivrer des titres nominatifs munis de coupons d'arrérages payables au porteur, a interdit la création de pareils titres au profit des incapables. Ces textes subsistent ; ils n'ont pas été abrogés par la loi du 27 février 1880, mais ils sont inapplicables aux mineurs régis par cette loi.

(2) Ainsi la *Très ancienne coutume de Bretagne* dit : « Tutour ne curatour ne pout vendre ne alienner nuls des heritages au minour, sans le conseil des amis des plus suffisanz et de la justice... » (chap. 71). Comp. Pothier : « Le pouvoir du tuteur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur » (*Des personnes*, nº 170). Il admet toutefois que, quand l'aliénation paraît nécessaire, « le tuteur doit convoquer la famille du mineur devant le juge, de qui il obtiendra une ordonnance qui lui permettra de vendre certains héritages » (nº 172).

Les *formes de la vente* sont déterminées par l'art. 459. Elle est annoncée par des affiches et des publications dans les journaux ; elle se fait publiquement et aux enchères, en présence du subrogé tuteur, devant un juge du Tribunal, à l'audience des criées, ou devant un notaire à ce commis par justice (comp. art. 953-965 C. proc. civ.) (1).

***1920. Cas exceptionnels.** — Dans certains cas l'aliénation de l'immeuble peut avoir lieu en dehors des formes établies par le Code civil, et sans l'autorisation du conseil de famille ; ceci arrive lorsque l'aliénation, au lieu d'être *volontaire*, est *forcée*, c'est-à-dire lorsque l'immeuble du mineur lui est enlevé même malgré lui ou malgré ses représentants légaux. Ces cas sont les suivants :

1° *Cession amiable pour éviter une expropriation pour cause d'utilité publique* (L. 3 mai 1841, art. 13). La cession est autorisée directement par le tribunal qui, au lieu d'homologuer une délibération du conseil de famille, donne lui-même l'autorisation.

2° *Licitation* (vente aux enchères) *d'un immeuble indivis*, quand la licitation est demandée par l'un des copropriétaires du mineur. A moins que le tuteur ne se rende adjudicataire de la totalité au nom du mineur, la licitation aboutira à l'aliénation de la part indivise qui appartenait au mineur dans l'immeuble. Cette aliénation n'a pas besoin d'être autorisée ni par le conseil de famille ni par justice (art. 460) : les autres copropriétaires de l'immeuble ayant toujours le droit de sortir de l'indivision (art. 815), il est inutile de demander au nom du mineur une autorisation qui ne pourrait pas être refusée. Mais la loi veut du moins que la vente ait lieu aux enchères dans les formes prescrites par l'art. 459, et que les étrangers (c'est-à-dire les *non-propriétaires*) soient admis à enchérir (art. 460). Leur intervention est une garantie pour le mineur que le plus haut prix possible sera atteint (2).

***1921. Actes soumis aux mêmes conditions que la vente.** — La vente est le principal des actes de disposition sur les immeubles, mais non le seul ; à côté d'elle, il en existe d'autres qui sont généralement soumis aux mêmes conditions de capacité ou de pouvoir. De ce nombre sont :

1° *L'échange.* Quoique la loi n'en ait pas parlé au titre « De la tutelle » (3), il est certain que le tuteur ne peut aliéner les immeubles par voie d'échange ; ce contrat est, en effet, soumis d'une manière générale aux règles de la vente par l'art. 1707.

2° La *constitution d'hypothèque.* Cette sorte d'acte a été prévue par la loi dans l'art. 457 qui la soumet expressément aux mêmes conditions que la vente : « Le tuteur... ne pourra aliéner ou hypothéquer... » Cela était nécessaire parce que l'hypothèque grève lourdement l'immeuble sur lequel elle est établie, et diminue le crédit du propriétaire. En autorisant l'hypothèque, le conseil de famille doit préciser les immeubles qui pourront être hypothéqués, en indiquant au besoin un ordre de préférence entre eux, et en spécifiant les créances à la garantie desquelles ils pourront être affectés.

3° Les constitutions de *droits réels démembrés de la propriété* (servitudes, usufruit, emphytéose, superficie). Ces actes sont autant d'*aliénations partielles* qui ne laissent au propriétaire qu'un droit mutilé : ils ne sont possibles que de la part de quelqu'un ayant la capacité d'aliéner. Voyez pour l'emphytéose, la loi du 25 juin 1902, art. 2.

Du reste l'assimilation de ces différents actes à la vente n'a lieu que pour *la double autorisation dont le tuteur doit être muni* en vertu de l'art. 457, et *non pour les formes de l'acte.* On peut vendre aux enchères ; on ne peut de cette manière ni échanger, ni hypothéquer, ni créer une servitude ; par leur nature même, ces actes échappent aux formalités prescrites par l'art. 459 ; ils se font nécessairement à l'amiable, par contrat conclu de *gré à gré.*

(1) Ces formes servent de modèle à toutes les ventes volontaires qui se font en justice (C. civ., art. 806 et 839 ; C. civ., art. 743 et 997).

(2) Quant tous les intéressés sont majeurs, ils peuvent s'entendre pour exclure les étrangers et liciter le bien entre eux seuls (art. 1687).

(3) L'art. 457 défend d'une manière générale au tuteur « d'aliéner » les immeubles, ce qui pourrait comprendre l'échange aussi bien que la vente, mais la suite du texte qui ne parle plus que de la vente montre que ses rédacteurs n'ont pas pensé à l'échange.

§ 4. — *Acquisitions.*

A. — Acquisitions à titre onéreux.

***1922. Acquisitions à prix d'argent.** — L'acquisition peut être faite à titre onéreux par voie d'*achat*. Si le tuteur a entre les mains les fonds nécessaires pour payer, l'opération est un *placement*, et les règles qui lui sont applicables ont été étudiées plus haut (nos 1897 à 1905).

S'il ne les a pas, c'est-à-dire s'il s'agit d'acheter *à crédit* et sans avoir de fonds à employer, l'opération est une *spéculation*, l'acte est interdit, et le conseil de famille lui-même ne pourrait l'autoriser (Nancy, 9 mai 1885, D. 86. 2. 134, S. 87. 2. 137).

***1923. Acquisitions par voie d'échange.** — Il y a une autre forme d'acquisition à titre onéreux : c'est celle de *l'échange*, qui est en même temps une forme d'aliénation. Ses conditions ont déjà été indiquées (ci-dessus, no 1921-1o).

B. — Acquisitions à titre gratuit.

****1924. Donations.** — Le tuteur ne peut les accepter qu'*avec l'autorisation du conseil de famille* (art. 463 et 935).

A quoi bon cette formalité, puisque de pareils actes ne peuvent jamais constituer qu'un enrichissement pour le mineur? Il semble qu'il soit toujours avantageux de les accepter et que l'intervention du conseil soit inutile. Cependant cette intervention se justifie par plus d'une raison. D'abord il est possible que certaines *conditions* ou *charges* soient imposées au donataire [libéralités onéreuses ou « sub modo »], et il est alors nécessaire que l'engagement du mineur à cet égard soit approuvé par son conseil. Même sans cela, il est bon que ce conseil connaisse et approuve les motifs de la libéralité, qui pourrait venir d'une source suspecte.

***1925. Legs particuliers.** — Les art. 463 et 935 ne parlent que des « donations ». Que faut-il décider pour les legs? La question ne se pose que pour les legs particuliers ; les legs universels ou à titre universel sont assimilés aux successions dont il est parlé plus loin (nos 1932 et suiv.). Si le legs est accompagné de charges onéreuses, la nécessité d'une autorisation ne saurait faire doute. Mais quand la libéralité est pure et simple, la plupart des auteurs accordent au tuteur toute liberté pour l'accepter : c'est l'application du principe traditionnel sur l'étendue de ses pouvoirs (Demolombe, t. VII, nos 703 et 708 ; Aubry et Rau, t. I, § 113, p. 447 et 448, note 11).

Quelques auteurs voudraient appliquer par analogie l'art. 463 (Laurent, t. V, nos 73 et 82 ; Huc, t. III, nos 437 et 440). Cette opinion, préférable peut-être au point de vue pratique, est certainement contraire à la tradition.

1926. Dispense d'autorisation pour les ascendants. — La loi accorde d'une façon générale aux ascendants le droit d'accepter les libéralités faites à leurs descendants mineurs (art. 935). Il en résulte que lorsqu'un ascendant est tuteur, il pourra se passer de l'autorisation du conseil de famille en acceptant la libéralité.

1927. Conversion des titres au porteur en titres nominatifs. — Lorsque la donation ou le legs fait au mineur a pour objet des titres au porteur le tuteur est obligé de les faire convertir en titres nominatifs dans le *délai de trois mois*, à compter de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs (L. 27 février 1880, art. 5, al. 2). Les motifs et les règles de cette conversion obligatoire seront expliqués plus loin (ci-dessous, n° 1947). Notons seulement que la loi de 1880 en a établi le principe de la manière la plus large, pour « tous les titres au porteur qui adviendraient au mineur, de quelque manière que ce fût ».

§ 5. — *Obligations conventionnelles.*

***1928. Obligations dérivant des actes d'administration ou d'aliénation.** — Un grand nombre d'obligations peuvent être contractées par le tuteur soit en vertu des actes d'administration, soit en vertu des actes d'aliénation ou d'acquisition énumérés dans les paragraphes qui précèdent. Par exemple, celui qui vend s'oblige à garantir l'acheteur; celui qui achète s'oblige à payer le prix, etc. Ces diverses obligations peuvent donc être contractées au nom du pupille, tantôt par le tuteur seul, tantôt en vertu de l'autorisation du conseil de famille, avec ou sans homologation de justice, selon les cas. Mais il est des contrats qui ne rentrent pas dans les catégories précédentes, savoir le *cautionnement*, l'*emprunt* et le *partage*.

***1929. Cautionnement.** — Celui qui cautionne une autre personne s'oblige à payer la dette d'autrui au cas où le véritable débiteur ne la payerait pas lui-même à l'échéance. C'est un acte essentiellement dangereux, car la caution court le risque de n'être pas remboursée par le débiteur, si celui-ci est insolvable. De plus, ce risque n'est compensé par rien; le cautionnement, de sa nature, est gratuit. Ce contrat est *absolument interdit au tuteur*.

***1930. Emprunt.** — Encore un acte plein de périls. Sous sa forme ordinaire, avec *remboursement du capital entier à une date fixe*, il grève lourdement l'emprunteur : souvent l'argent a été employé d'une façon improductive; on s'est endetté, le capital emprunté a disparu et on ne peut pas le rembourser; alors c'est la saisie et la ruine. Les prêts *amortissables par annuités*, consentis par la Société du Crédit foncier, fournissent une forme d'emprunt moins onéreuse; l'acquéreur n'a pas besoin de reconstituer lui-même par des économies annuelles le capital à restituer; le service des annuités l'éteint progressivement; mais sous cette forme l'emprunt ne va jamais sans constitution d'hypothèque. Aussi l'emprunt n'est-il permis au tuteur qu'avec l'*autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal* (art. 457 et 458). La loi n'a pas interdit complètement tout emprunt, parce que, quand le tuteur a besoin d'argent pour les opérations de la tutelle, il ne peut s'en procurer qu'en vendant ou en empruntant, et l'emprunt est souvent plus avantageux que la vente, surtout quand la somme dont on a besoin est inférieure à la valeur du bien qu'on pourrait vendre.

Comme la vente, l'emprunt ne doit être permis au tuteur qu'autant qu'il y a *nécessité* ou tout au moins *avantage évident*, par exemple pour faire des réparations urgentes, pour

rembourser une dette criarde, quand le créancier menace de saisir, ou quand il a droit à des intérêts élevés et qu'on trouve à emprunter à un taux moindre.

La loi exige en outre une condition particulière : le tuteur doit justifier, par un compte sommaire, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants (art. 457).

Enfin le conseil de famille, en autorisant l'emprunt, peut formuler « toutes les conditions qu'il jugera utiles » (art. 457). Il doit surtout fixer le taux de l'emprunt, sa durée et ses conditions de remboursement. Il peut aussi prendre des précautions pour éviter le détournement des fonds et au besoin déléguer un de ses membres pour surveiller l'opération.

1931. Partage. — Le partage est une convention par laquelle des co-indivisaires mettent fin à l'indivision qui existe entre eux à l'aide d'un *allotissement.* On verra plus loin, à propos des successions échues au mineur, à quelles conditions de validité est subordonné le partage dans lequel un incapable en tutelle est intéressé (nos 1940 et 1941). Nous nous bornerons à faire remarquer ici deux choses :

1° Les règles de forme établies par les art. 465, 466 et 817 pour le *partage des successions* s'appliquent *quelle que soit la source de l'indivision,* alors même qu'elle proviendrait d'une communauté ou d'une société dissoutes, ou de tout autre fait.

2° Il n'y a pas à distinguer selon que la masse à partager comprend des immeubles ou qu'elle est exclusivement mobilière. La distinction des meubles et des immeubles, dont la loi française abuse en se conformant aveuglément à l'adage « Vilis mobilium possessio », ne reçoit point d'application ici. On tenait pour maxime dans notre ancien droit qu'une masse mobilière équivaut presque à un immeuble, « sapit quid immobile ».

§ 6. — *Successions échues au mineur.*

A. — Mesures préalables imposées par la loi.

***1932. Erreur commune sur les obligations du tuteur.** — L'ouverture d'une succession au profit d'un mineur crée pour son tuteur quelques obligations spéciales et donne lieu à diverses opérations. Les auteurs considèrent ces opérations comme *caractéristiques du début de la tutelle,* et font rentrer les obligations alors imposées au tuteur parmi celles qu'il doit remplir *avant son entrée en fonctions.* C'est une illusion, causée par ce fait qu'ordinairement la tutelle s'organise au décès du père ou de la mère, et qu'il y a une succession ouverte dès le premier jour, mais il n'en est pas toujours ainsi. La tutelle peut commencer du vivant même des père et mère, à un moment où le mineur n'a aucune succession à recueillir ; et d'autre part, d'autres successions peuvent s'ouvrir au cours de la tutelle et donner lieu aux mêmes opérations.

1933. Levée des scellés et inventaire. — Quand une succession est échue au pupille, le tuteur doit :

1° Faire *lever les scellés,* s'ils ont été apposés. Les scellés sont des bandes de papier ou d'étoffe que le juge de paix place sur les portes des chambres ou des meubles, en y apposant son sceau, pour empêcher les détournements. Le tuteur a 10 jours pour les faire lever à compter de sa nomination, si on est au début de la tutelle, ou de l'ouverture de la succession, quand il est déjà en fonctions au moment où elle s'ouvre.

2° Faire *dresser l'inventaire* du mobilier. L'inventaire est un *état dressé par un notaire* et qui contient l'énumération, la description et l'estimation du mobilier, aussi bien du passif que de l'actif. On n'inventorie pas les immeubles (art. 943 C. proc. civ.), mais il est d'usage de les indiquer sommairement dans l'inventaire.

1934. Utilité de l'inventaire. — L'inventaire sert d'abord à apprécier les forces de la succession, pour savoir si elle est bonne à accepter. En outre, il fait connaître le montant de la fortune du pupille, car son actif ne se compose guère que des successions qu'il a recueillies. Ce sera donc à l'inventaire qu'on se reportera pour connaître les biens que le tuteur a pris en charge et dont il est responsable. Si la succession est nulle, on ne borne à dresser un procès-verbal de *carence* (*carere,* manquer) (art. 924 C. proc. civ)..

***1935. Son caractère obligatoire.** — L'inventaire est *obligatoire pour tout tuteur, même pour les père et mère*, et la personne à laquelle l'enfant succède ne pourrait pas en dispenser son tuteur. En effet, la succession ne peut être acceptée au nom du mineur que sous bénéfice d'inventaire (art. 776, al. 2). L'inventaire doit être fait dans un *délai de dix jours* qui suivent la nomination du tuteur (art. 451) et en présence du subrogé tuteur.

Si le tuteur n'a pas fait d'inventaire, il s'expose à voir prouver contre lui la consistance du mobilier par tous les moyens possibles, même par *commune renommée*, preuve dangereuse, car elle tend souvent à grossir les chiffres réels.

***1936. Déclaration exigée du tuteur.** — L'art. 451, al. 2, impose au tuteur, au moment de la confection de l'inventaire, une obligation spéciale. Il est tenu de *déclarer s'il lui est dû quelque chose* par la personne dont l'enfant hérite. On veut par là prévenir une fraude : le tuteur créancier qui aurait déjà été payé par le défunt laisserait faire l'inventaire sans rien dire, et quand il aurait la conviction que la quittance donnée par lui ne se trouve pas dans les papiers de la succession, il réclamerait une seconde fois son paiement. On rend cette fraude impossible en l'obligeant à déclarer d'avance sa créance, sous peine de déchéance. Le tuteur n'osera pas faire une fausse déclaration dans la crainte d'être convaincu de mensonge par la découverte de la quittance au cours de l'inventaire.

Le notaire doit le questionner sur ce point, car le tuteur pourrait ignorer la prescription de la loi. Si cette réquisition ne lui avait pas été adressée, il n'encourrait aucune déchéance. La question doit évidemment lui être posée dès le commencement de l'inventaire, avant qu'on ait dépouillé les papiers du défunt. Mention de la question et de la réponse est faite au procès-verbal (art. 451).

Le tuteur serait naturellement à l'abri de tout reproche, si la créance qu'il a omis de déclarer existait *à son insu* à son profit, par exemple, s'il l'avait lui-même recueillie dans une succession ouverte depuis peu et dont il ne connaîtrait pas encore la composition.

B. — Parti à prendre sur la succession.

***1937. A qui appartient la décision.** — Quel que soit le parti qu'on prenne, qu'on accepte ou qu'on refuse, la décision ne peut jamais émaner que du *conseil de famille*. C'est le tuteur qui fera la déclaration au greffe (art. 461). L'homologation du tribunal n'est jamais nécessaire (Paris, 2 févr. 1880, D. 83. 2. 61, S. 83. 1. 301).

Le parti à prendre sur une succession est toujours chose grave. Comme on le verra au n° 1938, l'acceptation au nom du mineur ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire, ce qui atténue considérablement ses dangers ; néanmoins l'acceptation peut encore avoir des inconvénients. Si la succession est évidemment insolvable, mieux vaut s'en abstenir complètement que de se charger de la liquider sans espérance de profit. Même quand elle est bonne, le mineur peut avoir avantage à la refuser, s'il a reçu du défunt une libéralité *soumise à rapport* et plus forte que la part qu'il prendrait comme héritier : en acceptant il se trouvera obligé de rapporter à ses cohéritiers (art. 843) et de partager avec eux ce qu'il a reçu ; finalement il sera en perte (1), tandis qu'en renonçant, il sera dispensé d'effectuer ce rapport et gardera pour lui seul le bénéfice de la libéralité (art. 845). — Quant à la répu-

(1) Cette perte peut monter à des sommes considérables. L'enfant a reçu une donation de 100 000 francs d'un de ses parents, sans dispense de rapport ; ce parent meurt, laissant une succession grevée d'un passif très élevé, de sorte que l'actif net se réduit à quelques milliers de francs, 10 000 francs, par exemple. Si l'enfant donataire doit concourir avec d'autres héritiers, il fera mieux de renoncer ; car, en acceptant, il fera le rapport de 100 000 francs reçus par lui et, s'ils sont seulement deux à partager la succession, l'enfant n'en retirera que la moitié de 100 000 francs + 10 000 francs, c'est-à-dire 55 000 francs, somme inférieure à celle qu'il avait reçue et qu'il garderait pour lui seul en renonçant.

diation, il est clair qu'elle ne doit pas être faite à la légère. C'est pour ces diverses raisons que la loi ne permet pas au tuteur de prendre parti à lui seul, ni dans un sens ni dans l'autre.

****1938. Acceptation de la succession.** — D'ordinaire l'héritier appelé à recueillir une succession peut l'accepter de deux façons différentes : purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (art. 774). Quand l'héritier est un mineur en tutelle, la loi ne lui permet plus que l'*acceptation bénéficiaire*. Elle ne veut pas que la succession soit acceptée purement et simplement (art. 461), parce que l'héritier pur et simple est tenu de paye les dettes du défunt, quel qu'en soit le chiffre ; il peut donc se trouver en perte pour des sommes considérables, s'il a ignoré une partie du passif, tandis que le bénéfice d'inventaire limite l'obligation de l'héritier au montant de l'actif par lui recueilli. Or on peut toujours se tromper sur les charges d'une succession et voir se révéler des dettes inconnues après qu'on l'a acceptée ; il est donc prudent, quand on accepte au nom d'un mineur, d'accepter bénéficiairement.

Puisque le mineur ne peut pas être héritier pur et simple, il échappe aux diverses déchéances qui de droit commun font perdre l'effet du bénéfice d'inventaire.

1939. Possibilité de revenir sur la répudiation. — L'option faite par un héritier est en principe définitive. Cependant les auteurs du Code crurent bon d'accorder à cet égard une faveur au mineur. Ils lui permirent de revenir sur la *répudiation* (non sur l'acceptation) et de reprendre la succession à laquelle le tuteur a renoncé en son nom, en subordonnant toutefois cette faculté à la condition que personne n'aurait encore accepté cette succession à son défaut (art. 462). C'était là une disposition exceptionnelle au moment où elle fut votée ; mais, quand on arriva au titre « Des successions », on l'étendit à toute personne (art. 790).

C. — Partage de la succession.

1940. Pouvoir du tuteur. — Le tuteur a-t-il qualité pour procéder au partage sans l'autorisation du conseil de famille? La loi distingue : S'agit-il de *provoquer* le partage au nom du pupille? *Le tuteur a besoin d'être autorisé* (art. 465 et 817). S'agit-il de *répondre* à une demande en partage introduite par un cohéritier du pupille? *Point n'est besoin d'autorisation*, car, chacun ayant le droit de sortir d'indivision, le conseil de famille ne pourrait pas refuser son consentement au partage (art. 465).

1941. Formes du partage. — Dans tous les cas le partage ne pourra avoir lieu qu'*en justice* ; par cela seul qu'un mineur y est intéressé, le partage ne peut être fait à l'amiable (art. 466 C. civ. ; art. 975 et suiv. C. proc. civ.). Les formalités du partage judiciaire sont nombreuses et onéreuses, quoiqu'elles aient été simplifiées par une loi du 2 juin 1841. De plus, il y a *tirage au sort* des lots, ce qui peut amener une répartition des biens contraire aux convenances et aux désirs des parties. On se soustrait aux graves inconvénients du partage en justice par plusieurs moyens :

1° On peut *convenir de rester provisoirement dans l'indivision*. Cette convention n'est valable que pour *cinq ans au plus*, mais elle est renouvelable (art. 815). Comp. Cass., 23 déc. 1901, D. 1902. 1. 183. Ce procédé permet d'attendre le moment où le mineur sera majeur et où l'on pourra procéder librement au partage, mais il a l'inconvénient de prolonger l'indivision qui est par elle-même un état fâcheux. On obtient le maximum d'avantages en combinant ce premier procédé avec le suivant ;

2° On peut *faire un partage provisionnel*, c'est-à-dire un partage qui ne porte que sur la jouissance et que le tuteur a qualité pour faire seul (art. 466 *in fine*). Ce partage permet

d'attendre patiemment que le mineur ait atteint sa majorité pour procéder à un partage définitif, qui portera sur la propriété restée indivise ;

3° On peut procéder au partage en se passant du consentement du mineur, *les copartageants majeurs se portant forts de son adhésion future les uns envers les autres.* Ce procédé est dangereux, car le mineur n'est pas lié par la promesse des autres et peut toujours demander un autre partage.

1942. Valeur du partage amiable. — En fait, beaucoup de partages, dans lesquels des mineurs sont intéressés, sont faits sans l'emploi des formes légales du partage en justice. Ces partages irréguliers ne sont pas absolument nuls ; la loi en détermine l'utilité : ils *valent comme partages provisionnels* (art. 840). Cela veut dire que le mineur devenu majeur aura le droit de faire recommencer le partage quant à la propriété, sans pouvoir revenir sur les perceptions de fruits faites en vertu du partage annulé.

D. — Vente des meubles.

***1943. Obligation de vendre le mobilier.** — L'art. 452 oblige le tuteur à vendre les meubles que le mineur acquiert par succession. Les objets mobiliers sont, en général, de peu de durée ; ils sont souvent dispendieux à conserver, car il faut les loger ; enfin le mineur en ferait rarement un usage personnel et la plupart représentent des valeurs improductives.

L'obligation de vendre n'existe que pour les meubles *corporels.* C'est ce qui résulte du motif même de cette obligation : les meubles corporels sont *périssables* et *improductifs.* Les créances et autres droits constituent, en général, des placements ; à quoi bon les vendre puisqu'on serait obligé d'en replacer le prix immédiatement? Sans doute il peut arriver que, parmi les valeurs qui se trouvent dans la succession, il y en ait quelques-unes d'une solidité douteuse ou exigeant une surveillance particulière : on pourra les vendre, et le conseil de famille, et le tribunal au besoin, en autoriseront l'aliénation conformément à la loi de 1880. Mais s'il y a de bonnes valeurs, faciles à conserver, le tuteur devra les garder en portefeuille.

Du reste, le sens de l'art. 452 est fixé par l'histoire : il a pour origine l'art. 102 de l'ordonnance d'Orléans, de 1560 (en note dans les Codes Tripier sous l'art. 452), dont la portée avait été exactement précisée depuis longtemps par l'usage : il ne s'appliquait pas aux meubles incorporels. La pratique était, à cet égard, tout à fait stable et c'est évidemment à elle que les auteurs du Code se sont référés. Enfin la loi de 1880 a tranché toute sorte de doute : non seulement le tuteur n'est pas *obligé* de vendre ces sortes de meubles, mais il n'en a même pas le *pouvoir* ; il lui faut une autorisation spéciale.

1944. Possibilité de conserver certains meubles. — Les motifs de l'obligation imposée au tuteur n'existent pas toujours. Il peut être avantageux pour l'enfant de conserver certains objets, soit à cause de leur valeur intrinsèque, comme des souvenirs de famille, portraits ou autres, soit à cause de leur mérite artistique, soit encore parce qu'ils sont de nature à lui être utiles dans un avenir rapproché, comme une bibliothèque qui lui servira pour ses études, etc. Ces meubles pourront être conservés, mais il faudra pour cela une *autorisation du conseil de famille.*

1945. Formes de la vente. — Ces formes ont déjà été indiquées (nº 1910). On remarquera qu'elles ne comportent pas l'autorisation du conseil de famille : étant *obligé* de vendre, le tuteur n'a pas besoin d'y être *autorisé*.

1946. Dispense de vendre résultant du droit de jouissance légale. — Lorsque le tuteur est le survivant des père et mère, la loi le dispense de vendre le mobilier, sur lequel porte son droit de *jouissance légale* (art. 453). La raison en est que comme tout usufruitier, ce tuteur a le droit de jouir *en nature* des choses soumises à son droit. Il peut donc non seulement les conserver, mais même *s'en servir pour son usage personnel*. Cette dispense ne dure d'ailleurs qu'autant que le droit de jouissance légale. Elle *cesse quand l'enfant accomplit sa dix-huitième année*. A ce moment le père (ou la mère) est obligé de vendre comme tout tuteur.

Dispensé de vendre, le survivant des père et mère n'est pas obligé de conserver : il peut, s'il le préfère, vendre les meubles en totalité ou en partie, et en placer le prix.

S'il se décide à les garder, il est obligé de faire dresser à ses frais une *estimation à juste valeur par un expert*, qui est nommé par le subrogé tuteur et qui prête serment devant le juge de paix (art. 453, al. 2). Cette estimation nouvelle est nécessaire, quoiqu'il y en ait déjà une dans l'inventaire, parce que celle-ci, qui est l'œuvre d'un notaire, est souvent trop basse.

E. — Conversion des titres au porteur en titres nominatifs.

***1947. Pourquoi cette conversion est obligatoire.** — Il arrive souvent que des titres au porteur se rencontrent dans une succession échue à un mineur. Or, ainsi qu'on l'a déjà vu (nº 1917), ce genre de titres offre un grand danger : ils se transmettent, comme une pièce de monnaie, de la main à la main, ce qui permet au tuteur de les aliéner à volonté. La loi du 27 février 1880, dans le but d'assurer la conservation de la fortune mobilière des mineurs, a pris à cet égard des dispositions spéciales. Elle interdit, pendant toute la durée de la tutelle, la conservation de titres sous la forme au porteur, et elle oblige le tuteur à les faire *convertir* en titres nominatifs, parce que ceux-ci ne peuvent être aliénés que par une formalité appelée *transfert*, qui exige des pièces régulières (ci-dessus, nº 1902, en note).

1948. Délai. — Le tuteur a toujours *trois mois pour faire faire la conversion*, et ces trois mois courent soit de l'ouverture de la tutelle, soit du jour où les titres ont été définitivement attribués à son pupille (L. 27 février 1880, art. 5).

1949. Cas où la conversion est impossible. — Prévoyant le cas où la conversion serait impossible, soit à raison de la nature des titres, soit en vertu de conventions spéciales, la loi donne au tuteur trois mois pour se faire autoriser par le conseil de famille, soit à les *vendre* et à placer son argent ailleurs, soit à les conserver, sauf en ce dernier cas au conseil de famille à ordonner que les titres seront, pour plus de sécurité, *déposés* à la caisse des dépôts et consignations ou en tout autre endroit par lui désigné.

§ 7. — *Procès.*

A. — Exercice des actions.

1950. Condition pour l'exercice des actions immobilières. — Quels sont les pouvoirs du tuteur, lorsqu'il y a lieu d'agir en justice pour faire valoir

les droits immobiliers du pupille? La loi n'a statué que sur un point : elle a refusé au tuteur le pouvoir d' « introduire », c'est-à-dire d'intenter lui-même en prenant le rôle de *demandeur*, une « action relative aux droits immobiliers du mineur » (art. 464). Le tuteur a besoin, pour agir, de l'*autorisation du conseil de famille.*

Il en résulte que, s'il exerce une action de ce genre sans être muni d'une autorisation régulière, il ne représente pas valablement le mineur, et la personne qu'il poursuit peut refuser de répondre à son action tant que cette autorisation n'aura pas été obtenue, car nul ne peut être forcé de plaider avec un adversaire sans qualité. Une autorisation donnée par le conseil au cours de l'instance couvrirait-elle le vice de la procédure? La négative a été admise (Cass., 8 avril 1903, S. 1903. 1. 309).

1951. Pouvoir du tuteur pour plaider en toute autre hypothèse. — La méthode suivie par les auteurs du Code nous est connue ; ils partent de cette idée que le tuteur a qualité pour agir toutes les fois que la loi ne restreint pas ses pouvoirs, et ils procèdent par restrictions de détail, spécifiant les actes que le tuteur ne peut pas faire seul. Nous en devons conclure que le tuteur n'a jamais besoin d'autorisation, si ce n'est dans le cas unique réglé par l'art. 464.

Par conséquent, *aucune autorisation ne lui est nécessaire* dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il s'agit de *défendre* à une action *immobilière* intentée par un tiers, car la loi n'exige l'avis du conseil de famille que lorsqu'il veut « introduire » l'action, et cette différence se justifie : il est toujours plus dangereux d'attaquer que de se défendre ; celui qui prend le rôle de demander assume le fardeau de la preuve ;

2° Lorsqu'il s'agit d'une *action mobilière.* Le tuteur peut exercer seul l'action, quel que soit le rôle du pupille dans l'instance, demandeur ou défendeur (1) ;

3° Lorsqu'il s'agit d'une *action possessoire.* Les actions possessoires sont cependant des actions immobilières, et il semblerait que la généralité apparente de l'art. 464 dût en faire refuser le libre exercice au tuteur. Mais ces actions, qui sont de la compétence des juges de paix, n'engagent pas le fond du droit ; ce sont des actes de conservation qui ne peuvent rien compromettre et qui n'empêchent pas d'agir plus tard « au pétitoire », quand on a succombé sur le possessoire. Quant à l'argument de texte qu'on pourrait tirer de l'art. 464, il est contre-balancé par un autre : les actions possessoires rentrent ordinairement dans les pouvoirs des simples administrateurs du bien d'autrui, et l'art. 1428 les attribue formellement au mari administrant les biens de sa femme.

1952. Difficultés pour les actions relatives à l'état des personnes. — Un tuteur aurait-il qualité pour exercer seul, sans autorisation du conseil de famille, une action relative à l'état du mineur? La question s'est rarement posée en pratique. Voyez cependant Paris, 21 août 1841, S. 41. 2. 488 ; Grenoble, 14 fév. et 5 déc. 1883, S. 84. 2. 73. La jurisprudence autorise le tuteur à représenter le pupille soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans condition ni restriction, par cela seul que la loi ne l'astreint à aucune formalité. Il semble pourtant qu'on devrait, dans des matières aussi délicates, exiger

(1) On cite, comme faisant exception à la règle, l'*action en partage* qui ne peut pas être intentée par le tuteur sans autorisation, même quand la masse à partager est purement mobilière (art. 817, al. 1). Mais c'est une inadvertance : il faut bien se rendre compte que l'action en partage n'a de l'action que le nom : il y a bien une procédure, mais il n'y a pas de procès : le partage est un *contrat*, même quand il se fait sous la surveillance du juge. Quand il y a *demande de partage*, on ne plaide pas sur un droit contesté, on se soumet seulement à certaines formalités imposées par la loi. Cela rentre donc dans une autre catégorie : l'étendue des pouvoirs du tuteur *pour contracter*, et non *pour plaider*. Voyez ci-dessus, n° 1931.

l'intervention du conseil de famille, qu'on appelle à connaître d'une simple question de servitude ou d'hypothèque.

La difficulté est plus grave encore si on suppose que l'action qui appartient au pupille est *relative à l'état d'un tiers*; qu'elle tend, par exemple, à faire interdire un parent de l'incapable ou à le pourvoir d'un conseil judiciaire. La jurisprudence admet encore le tuteur à agir en toute liberté (Lyon, 24 févr. 1859, S. 59. 2. 655; Caen, 21 mars 1861, D. 63. 1. 279, S. 62. 2. 484). En sens contraire, LAURENT, t. V, nº 254.

B. — Acquiescement.

1953. Distinction faite par la loi. — On appelle « acquiescement » l'acte par lequel une personne poursuivie en justice reconnaît que la demande formée contre elle est bien fondée. Le tuteur peut-il acquiescer aux actions dirigées contre son pupille? La loi distingue entre les actions mobilières et les actions immobilières. L'autorisation du conseil ne doit être demandée qu'autant qu'il s'agit d'une action relative aux droits *immobiliers* du mineur (art. 464). Elle n'est pas nécessaire en matière mobilière (1). Elle doit être préalable (Cass., Ch. réunies, 22 mars 1897, D. 97. 1. 277, S. 97. 1. 309).

C. — Transaction.

1954. Dangers de la transaction. — La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation pendante ou préviennent une contestation à naître (art. 2044). C'est là son but; mais ce que la loi ne dit pas, c'est que la transaction consiste essentiellement en des *concessions réciproques* que se font les deux parties. Si une seule des deux parties fait des concessions, on aura, selon les cas, une renonciation ou un désistement, mais non une transaction.

1955. Conditions de validité. — La loi exige l'*autorisation du conseil de famille* et l'*homologation du tribunal*. Ce sont les formalités qu'elle prescrit d'ordinaire pour les actes importants; mais, de plus, la transaction doit être précédée d'un *avis* (favorable) *donné par trois avocats*, désignés par le procureur de la République (art. 467). Le Code dit « jurisconsultes », parce que l'ordre des avocats, supprimé en septembre 1790, n'était pas encore rétabli (2). Dans la pratique, on prend autant que possible des avocats inscrits au barreau depuis dix ans. Il est utile de demander leur avis avant de consulter le conseil de famille, qui se trouvera ainsi éclairé par eux.

Ces formalités sont nécessaires alors même que la transaction porterait uniquement *sur des droits purement mobiliers*; la loi, en effet, ne distingue pas (Paris, 15 août 1871, D. 72. 5. 455, S. 71. 2. 198). Le danger a paru tel, à raison de la nature de l'acte, que le droit français abandonne ici sa distinction habituelle des meubles et des immeubles.

D. — Compromis.

1956. Prohibition de ce contrat. — Le compromis est une convention par laquelle deux personnes soumettent leur différend à un ou plusieurs *arbitres*. C'est donc la substitution de l'arbitrage à la justice et d'un juge privé aux tribunaux organisés par l'État. Or il résulte de la combinaison des art. 1004 et 83-6º C. proc. civ. que les causes intéressant les mineurs ne peuvent pas être soustraites aux tribunaux pour être soumises à un arbi-

(1) On remarquera que l'acquiescement, qui suppose la reconnaissance totale d'une demande formée par un tiers, se fait au nom du mineur beaucoup plus aisément que la transaction qui ne concède à l'adversaire qu'une partie de ses prétentions.

(2) Le titre d'avocat reparaît en 1804 dans la loi du 22 ventôse an XII; l'ordre lui-même ne fut rétabli que par le décret du 14 décembre 1810.

trage, le ministère public devant toujours être entendu dans les affaires qui les concernent. Le compromis est donc *absolument impossible de la part d'un tuteur.*

§ 8. — *Contrats entre tuteur et pupille.*

1957. Manière de les conclure. — Les contrats à intervenir entre le tuteur et le pupille sont toujours dangereux ; c'est une source d'abus. Cependant la loi ne les a pas interdits d'une façon générale ; mais dans les cas où elle les permet, il y a toujours pour eux une règle particulière : c'est que le tuteur ne peut pas y figurer à la fois pour son propre compte et comme représentant du pupille ; l'acte doit être fait et signé *au nom du pupille par le subrogé tuteur*, parce qu'il y a alors une opposition d'intérêts inévitable entre le pupille et son tuteur.

1958. Cas où ils sont interdits. — L'art. 450, al. 3, interdit au tuteur :

1° *L'achat des biens du mineur*, meubles ou immeubles (comp. art. 1596). Ces biens doivent être vendus aux enchères (sauf les valeurs mobilières). Si le tuteur pouvait se porter adjudicataire, il se trouverait placé entre son devoir et son intérêt : comme représentant du mineur, son devoir est de les faire monter au plus haut prix possible ; comme acquéreur, son intérêt serait d'écarter les amateurs pour se faire adjuger au plus bas prix le bien mis en vente et il aurait pu y réussir aisément en fournissant des renseignements défavorables. — Cependant une *exception* a dû être admise, si le bien mis aux enchères dépend d'une succession à laquelle le tuteur se trouve appelé en même temps que le mineur. Par exemple, si celui-ci a pour tuteur son frère aîné, tous deux étant dans l'indivision pour la succession de leur père décédé (ou de leur mère), le tuteur peut prendre part aux enchères : ses fonctions de tuteur ne doivent pas lui enlever un droit qu'il a comme *copropriétaire* du bien licité.

2° *Le bail des immeubles du pupille.* Le tuteur ne peut les prendre ni à ferme ni à loyer. Toutefois l'interdiction n'est pas absolue : le conseil de famille peut autoriser le subrogé tuteur à lui en passer bail.

3° *L'achat d'une créance existant contre le mineur.* Ici le tuteur ne traiterait pas directement avec le pupille, mais avec un créancier de celui-ci ; la loi le lui défend néanmoins. Un tuteur ne doit pas spéculer aux dépens de son pupille. Si les créanciers de celui-ci consentent à céder leurs droits au rabais, c'est le mineur qui doit profiter de la réduction. — Ce qui est ainsi interdit au tuteur, c'est seulement *l'achat* de la créance. Il peut donc l'acquérir à titre gratuit, par *succession* ou par *legs*, lorsqu'il succède au créancier du pupille.

Aux actes prévus par l'art. 450, il faut ajouter les *libéralités* que le mineur pourrait faire à son tuteur par donation entre vifs ou par testament (art. 907). Elles sont interdites, sauf exception au profit des père, mère et autres ascendants.

1959. Sanction des prohibitions de la loi. — L'art. 450 ne prononce pas la *nullité*, mais elle en résulte nécessairement, puisqu'il est dit que le tuteur « *ne peut* » acheter, etc. Cette nullité est une nullité relative que le mineur seul peut invoquer.

§ 9. — *Contrôle annuel de la gestion tutélaire.*

1960. Utilité des états de situation. — On a déjà vu, à propos du subrogé tuteur, que le tuteur est soumis à une sorte de surveillance de la part du subrogé tuteur. Aucun texte n'en parle directement et d'une façon générale, mais un certain nombre d'articles établissent cette surveillance et la mettent en œuvre (ci-dessus, n° 1866). Cette organisation de la subrogée tutelle est insuffisante. Il dépend du conseil de famille de la rendre plus sérieuse. Il peut obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur des *états de situation*, qui permettront de contrôler sa gestion (art. 470). C'est le conseil de famille qui détermine les époques auxquelles ces états devront être fournis. Mais il ne peut pas y soumettre

les père et mère (art. 470) (1) et pour tout autre tuteur il ne peut en exiger plus d'un par an (même art.). Ces états sont rédigés sans frais, sur papier non timbré, et sans formalités de justice.

1961. Système belge. — La loi hypothécaire belge, du 16 décembre 1851, contient sur ce point une amélioration. C'est à lui-même que le conseil peut se faire rendre compte annuellement par le tuteur, ce qui l'associe plus étroitement à la tutelle. Car, en fait, il arrive assez souvent qu'après avoir fixé au début le budget du mineur et nommé le subrogé tuteur, le conseil n'a plus jamais l'occasion de se réunir pendant tout le cours de la tutelle.

§ 10. — *Observations générales sur les formalités de la tutelle.*

****1962. Validité des actes réguliers en la forme.** — Le droit français n'ouvre pas l'action en rescision aux mineurs contre les actes régulièrement faits en leur nom par le tuteur. Quand toutes les formalités légales ont été remplies, l'acte est *valable comme s'il émanait d'un majeur.* Si l'acte a été désavantageux, et cela par la faute du tuteur, l'incapable est réduit à exercer contre lui une action en responsabilité, mais les tiers sont à l'abri. C'est le but même de l'organisation de la tutelle. Comparez ci-dessus, nº 1633-1º. Le droit français se sépare ici du droit romain qui donnait l'*in integrum restitutio* aux mineurs, même contre des actes réguliers en la forme. Il y avait là un excès de protection qui risquait de se retourner contre ceux que l'on prétendait protéger. Il a été abandonné à peu près partout, spécialement en Roumanie (C. civ. roumain, art. 1157). Voyez ALEXANDRESCO, p. 190-191.

1963. Excès de formalités. — Un de nos anciens auteurs, Meslé, parlant des frais considérables qu'entraînaient les tutelles, disait qu'elles étaient regardées comme le meilleur moyen de faire valoir les greffes et les droits des officiers de justice, et que ceux-ci « ne s'y oubliaient pas ». Notre Code se ressent encore de cet abus de protection. Deux points surtout appellent une réforme : ce sont les *formalités judiciaires* imposées pour la vente des immeubles et pour le partage des successions (2).

La loi du 23 octobre 1884, sur la *vente judiciaire d'immeubles*, a sans doute dégrevé dans une large mesure les ventes de petites parcelles : tous les droits perçus par le Trésor sont restitués lorsque le prix ne dépasse pas 2 000 francs, et les émoluments des divers agents de la loi sont réduits d'un quart lorsque le prix ne dépasse pas 1 000 francs. Mais l'organisation de la tutelle comporte des réformes plus larges. La vente d'immeubles de gré à gré devrait être permise sous la double condition de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, qui sont des formalités très suffisamment protectrices. Elles

(1) La jurisprudence admet que les états de situation peuvent être exigés de la part de la mère remariée et maintenue dans la tutelle, à raison de l'indivisibilité de gestion qui existe entre elle et son mari, celui-ci ne devant pas bénéficier de la dispense écrite dans l'art. 470 (Cass., 5 mai 1856, D. 56. 1. 241).

(2) Que sont à côté de cela les frais des autorisations et homologations que la loi exige pour les actes ordinaires? Une délibération du conseil de famille coûte au plus une quarantaine de francs ; une homologation du tribunal s'obtient pour 80 francs. C'est déjà une petite somme sans doute, et dont le législateur pourrait diminuer le chiffre par des remises de droits ; mais enfin ces formalités sont simples et elles peuvent s'appliquer à des capitaux importants pour lesquels elles constitueront une charge insignifiante. Il faut bien d'ailleurs un contrôle, si on ne veut pas laisser le mineur à la discrétion de son tuteur. A la différence des actes ordinaires, la vente et le partage comportent toute une procédure.

suffisent, d'après la loi de février 1880, pour l'aliénation des valeurs mobilières qui peuvent s'élever à des sommes considérables. Pourquoi ne suffiraient-elles pas pour des immeubles dont la valeur est souvent moindre?

Quant au *partage judiciaire*, voyez les reproches qu'il mérite, au n° 1941 ci-dessus. Une proposition tendant à la modification des art. 457, 459 et 466 du Code civil a été déposée en 1887 à la Chambre des députés par M. Jacques Piou et quelques-uns de ses collègues. Mais les opinions sont encore très partagées sur l'opportunité d'une réforme, qui mettrait le mineur à la merci de ses cohéritiers en supprimant le tirage au sort. Voyez le rapport de M. Piédelièvre à la Société d'études législatives, *Bulletin*, 1905, p. 215. En Belgique, on est arrivé, dès 1816, à une simplification à peu près complète : le partage est fait par un notaire, sans tirage au sort des lots, et approuvé par le juge de paix. Sur la loi belge du 12 juin 1816, voyez MERCIER, *Réforme du partage judiciaire*, thèse, Paris, 1905, p. 73 et suiv.

1964. Tableau récapitulatif des formalités requises pour les divers actes intéressant les pupilles (enfants légitimes).

I. — *Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, mais suffisante* :

1° Acceptation d'une donation entre vifs, avec ou sans charges (n° 1924).

2° Acceptation d'un legs particulier avec charges. Controverse au cas où le legs est pur et simple (n° 1925).

3° Aliénation de valeurs mobilières au-dessous de 1 500 fr. (n° 1915).

4° Conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur (n° 1917).

5° Placement des capitaux, sauf controverse pour le cas où le capital ne provient pas d'une aliénation ou d'un emprunt autorisé par le conseil (n° 1900).

6° Acceptation ou répudiation d'une succession (n° 1937).

7° Demande en partage (n° 1940).

8° Introduction en justice d'une action immobilière (n° 1950).

9° Acquiescement à une action immobilière (n° 1953).

10° Prise à bail par le tuteur d'un bien du pupille (n° 1958).

II. — *Actes pour lesquels l'autorisation du conseil doit être homologuée par la justice* :

1° Aliénation de valeurs mobilières au-dessus de 1 500 fr. (n° 1915).

2° Conversion, au-dessus du même taux, de titres nominatifs en titres au porteur (n° 1917).

3° Aliénation d'immeubles par vente ou par échange (n°s 1919 et 1921), sauf exception au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de licitation demandée par un copropriétaire (n° 1920).

4° Constitution de droits réels sur un immeuble, hypothèques, servitudes, etc. (n° 1921-2° et 3°).

5° Emprunt d'argent (n° 1930).

6° Transaction (n° 1954). Cet acte exige en outre une formalité supplémentaire (n° 1955).

III. — *Actes entièrement interdits au tuteur* :

1° Donation de meubles et d'immeubles (n° 1906).

2° Acceptation pure et simple d'une succession (n° 1938).

3° Compromis (n° 1956).

4° Conversion de titres nominatifs de rentes sur l'État en titres au porteur (n° 1917, note).

5° Cautionnement donné au profit d'un tiers (n° 1929).

6° Actes ayant le caractère commercial (controversé). Voyez n° 1880-3°.

Tout autre acte peut être fait par le tuteur sans autorisation aucune, ni du conseil, ni de justice. Il en est ainsi notamment pour les grosses réparations, l'acceptation des legs particuliers non grevés de charges, et l'exercice des actions relatives à l'état des personnes.

CHAPITRE VII

CESSATION DE LA TUTELLE

§ 1. — *Des causes qui mettent fin à la tutelle.*

1965. Causes provenant du mineur. — La tutelle d'un mineur ne prend normalement fin que d'une seule manière, lorsque le pupille atteint sa *majorité*. Alors la tutelle est réellement finie, il n'y a plus ni tuteur, ni subrogé tuteur, ni conseil de famille. Il en est de même lorsque le pupille *meurt*. Quant à l'*émancipation*, elle produit une transformation : à la *tutelle* elle substitue la *curatelle*.

1966. Causes provenant du tuteur. — Dans les trois cas précédemment indiqués (majorité, mort, émancipation) la tutelle est *entièrement finie*. Il ne faut pas confondre avec eux les prétendues causes d'extinction de la tutelle « a parte tutoris », qui se réduisent au fond à un simple *changement de tuteur*. Lorsque le tuteur meurt ou perd la tutelle d'une façon quelconque, la tutelle n'est pas finie ; la fonction de tuteur n'est pas supprimée ; elle continue et passe en d'autres mains : il n'y a de changé que la personne du tuteur. La seule ressemblance entre le changement de tuteur et l'extinction véritable de la tutelle, c'est que dans les deux cas le tuteur qui sort de charge doit rendre ses comptes. Les événements qui mettent fin à la tutelle du chef du tuteur sont :

1° Sa *mort*.

2° Une *incapacité*, survenue depuis qu'il est en fonctions. Cette incapacité peut être *de fait*, comme l'état d'absence ou la folie ; elle peut être *de droit*, comme la déchéance de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889, art. 13) ou la dégradation civique (art. 34 C. pén. ; comp. art. 42 C. pén.).

3° Une *cause d'excuse*, agréée par le conseil de famille (ou par le tribunal civil).

4° Sa *destitution* prononcée par le conseil de famille (ou par le tribunal civil).

1967. Actes de gestion du tuteur après la cessation de la tutelle. — Lorsque la tutelle a pris fin, le tuteur doit cesser *immédiatement* ses fonctions. Il n'a plus qualité pour agir puisqu'il n'y a plus de *pupille*. Si en fait il continue à gérer, il est certainement comptable et responsable pour les faits de gestion postérieurs, mais non plus dans les conditions de la tutelle. L'ex-mineur n'a plus d'hypothèque légale (Demolombe, t. VIII, n°s 24 et 27 ; Laurent, t. V, n°s 117-118 ; Huc, t. III, n° 451) (1).

(1) Il y a cependant une controverse qui n'est pas encore tranchée. Quelques auteurs

1968. Gestion temporaire de la tutelle par le tuteur sortant. — Lorsque le tuteur sort de charge, *la tutelle durant encore*, il est en principe *obligé de continuer provisoirement à gérer la tutelle* (art. 440). S'il est mort, ce sont ses héritiers qui sont tenus de cette obligation, quand ils sont majeurs (art. 419). Par exception, lorsque le tuteur est *destitué*, il peut y avoir lieu à *exécution provisoire* du jugement (art. 135 C. proc. civ.). La gestion provisoire que conserve le tuteur sortant de charge n'est qu'une *continuation de la tutelle*, et à ce titre elle est garantie par l'hypothèque légale. Il en est autrement lorsque le tuteur fait admettre une excuse avant d'être entré en charge (ci-dessus, n° 1842).

§ 2. — *Du compte de tutelle.*

1969. Cas où le compte doit être rendu. — Il y a lieu à reddition de compte toutes les fois que le tuteur cesse ses fonctions, que la tutelle soit finie ou non (art. 469). *Tout tuteur doit rendre compte*, même le père ou la mère survivant, et aucune dispense ne peut être accordée, pas même par le dernier mourant des père et père lorsqu'il nomme un tuteur testamentaire.

1970. Par qui et à qui le compte est rendu. — Le compte est rendu par le tuteur sorti de charge, ou par ses héritiers, ou par ses envoyés en possession provisoire, s'il est absent, ou par son tuteur, s'il est interdit. Il est reçu par le pupille, agissant seul s'il est majeur, ou avec l'assistance de son curateur, s'il est émancipé (art. 480) ; par ses héritiers, s'il est mort ; par son nouveau tuteur, s'il est encore en tutelle. Dans ce dernier cas, ce premier compte de la tutelle devra être reproduit dans le compte final, qui sera rendu au pupille devenu majeur ou aux héritiers du pupille décédé : il en fait en effet partie, puisqu'il représente une première période de la tutelle.

Dans le style judiciaire on emploie les expressions le *rendant compte* et l'*oyant compte*, pour désigner celui qui rend le compte et celui qui le reçoit. L'art. 472 parle d'un récépissé « donné par l'oyant compte ».

1971. Formes du compte. — Lorsque toutes les parties sont d'accord, aucune forme spéciale n'est prescrite : le compte se rend *à l'amiable*. S'il y a contestation, le conseil de famille n'a point qualité pour en connaître ; le compte se rend alors *en justice*, dans les formes prescrites par les art. 527 et suiv. C. proc. civ. L'art. 473 C. civ., qui renvoie à la procédure ordinaire, se trouve ainsi corrigé par le Code de procédure.

1972. Établissement des recettes et des dépenses. — Le compte est une *balance* des recettes et des dépenses. On *alloue au tuteur*, c'est-à-dire qu'on admet comme éléments du compte, toutes les dépenses qui sont *suffisamment justifiées*. Le projet du Code exigeait une justification « par pièces » ; c'était demander l'impossible, le tuteur en manque souvent. Le texte a donc été modifié, de sorte que la preuve par écrit n'est pas exigée, même au-dessus de 150 francs. Le tuteur justifie de ses dépenses comme il peut, et très souvent on est obligé de le croire sur parole, ce qui n'est pas un des moindres dangers de la tutelle. En cas de contestation, le tribunal statue.

Il faut en outre, aux termes de l'art. 471, que la dépense ait eu *un objet utile*. L'utilité s'apprécie au moment où la dépense est faite. Si elle disparaît ensuite, le tuteur n'en souffre pas : par exemple on lui doit compte des réparations faites à un bâtiment qui depuis a brûlé.

1973. Du reliquat. — La comparaison des recettes et des dépenses donne le *reliquat*, qui

veulent que l'ex-tuteur soit toujours tenu *en cette qualité* pour les actes qu'il a pu faire quand il a conservé de fait l'administration des biens du pupille (Aubry et Rau, t. I, § 120, note 6). D'autres l'admettent seulement pour les actes qui sont la conséquence d'opérations engagées pendant la tutelle. (Dalloz, *Suppl.*, v° Minorité, n° 570). La jurisprudence est incertaine. Voyez par exemple en sens contraires, Caen, 7 juill. 1871, D. 72. 2. 204, et Paris, 13 déc. 1877, D. 78. 2. 71. Toutefois la Cour de cassation incline à croire que le tuteur reste tenu, en qualité de tuteur, des faits de gestion postérieurs à la majorité ou à la mort du pupille (Cass., fév. 1882, D. 83. 1. 111. Comp. Cass., 9 juill. 1866, D. 66. 1. 385). La question se pose surtout dans la pratique à propos des intérêts des sommes touchées par le tuteur : Courent-ils de plein droit en vertu des art. 455 et 456, ou bien faut-il appliquer l'art. 1153 ?

peut être *actif* ou *passif*, c'est-à-dire dû au mineur ou au tuteur. Si le reliquat se trouve être au profit du mineur, les intérêts lui sont dus par le tuteur de plein droit et sans demande, à compter du jour de la clôture du compte (art. 474, al. 1). Ceci déroge à la règle générale établie pour les intérêts de sommes d'argent, qui ne sont dus que du jour de la *sommation* (art. 1153 modifié par la loi du 7 avril 1900). On a pensé que le mineur n'oserait pas facilement poursuivre son tuteur, et on n'a pas voulu qu'il fût victime du respect qu'il lui garde. Au cas contraire, lorsque le reliquat est à la charge du mineur, les intérêts ne courent pas de plein droit, mais du jour de la *sommation* adressée au pupille par le tuteur (art. 474, al. 2).

1974. Frais du compte. — Ils sont en principe à la charge du mineur. Cependant au cas de destitution du tuteur, c'est ce dernier qui les supporte parce que c'est lui qui rend nécessaire par sa faute une reddition de compte dont on se serait dispensé (art. 471).

§ 3. — *Des traités relatifs à la tutelle.*

***1975. Danger pour le mineur au jour de sa majorité.** — Il y avait un danger à craindre au moment de la cessation de la tutelle. Le pupille devenu majeur est souvent impatient d'obtenir la remise de ses biens et d'avoir la jouissance de ses revenus ; un tuteur peu scrupuleux pourrait être tenté d'abuser de la situation en lui offrant une restitution immédiate en échange d'une quittance en règle ou d'une dispense de rendre compte. Dans sa précipitation l'ex-mineur traiterait en aveugle, et pourrait se trouver fraudé ; ou bien encore, le tuteur se ferait gratifier par lui d'une somme importante. Les art. 472 et 907 ont eu pour but d'empêcher ce genre de fraudes.

***1976. Précaution contre les donations.** — Le procédé employé par la loi est très simple : il consiste, en quelque sorte, *à prolonger la minorité* en ce qui concerne la capacité de disposer jusqu'au moment où le compte est rendu et apuré (art. 907). Si l'ex-mineur se décide ensuite à donner quelque chose à son tuteur, il le donne du moins avec plus d'indépendance.

***1977. Précautions contre les traités hâtifs.** — La disposition de l'art. 472, qui vise les traités relatifs au compte de tutelle, est plus compliquée. La loi veut que le mineur ne signe rien de définitif qu'après avoir été suffisamment éclairé sur les actes de gestion de son tuteur. Pour cela elle exige quatre conditions. Il faut :

1° Que tout traité intervenu entre le tuteur et son ancien pupille ait été précédé de la remise d'un *compte détaillé*, c'est-à-dire énumérant, article par article, toutes les dépenses et toutes les recettes ;

2° Que les *pièces justificatives* (1) aient été remises à l'appui du compte ;

3° Qu'un *récépissé de l'oyant compte* ait constaté cette remise du compte et des pièces qui l'accompagnent (2) ;

4° Que *dix jours* se soient écoulés depuis la date du récépissé avant la date du traité (3).

***1978. Sanction de la loi.** — Quand toutes les pièces lui ont été remises et qu'il a eu dix jours pour les étudier, l'ex-mineur peut traiter en connaissance de cause ; il sait à quoi

(1) Ces pièces justificatives comprennent en première ligne les inventaires qui ont pu être dressés à diverses époques pour constater les biens recueillis par le mineur. Ensuite viennent les contrats, traités, billets et quittances de toutes sortes constatant les opérations faites par le tuteur.

(2) La loi exige nettement un récépissé des pièces distinct du règlement de compte. Cependant quelques auteurs considèrent comme suffisante la déclaration du mineur, faite dans la quittance qu'il donne à son tuteur, qu'il a reçu dix jours auparavant le compte et les pièces exigées par la loi. Il sera plus prudent de la part du tuteur de se faire donner un récépissé à part, le jour même où il remet son compte et les pièces justificatives.

(3) La loi n'exige pas que le récépissé soit enregistré, parce que les actes sous seings privés font foi de leur date entre les parties, mais il y a là un danger ; le tuteur pourrait faire donner une fausse date, soit au récépissé, soit au traité, et simuler par là l'observation du délai de dix jours alors qu'il ne l'aurait pas laissé au mineur. Le mineur serait bien autorisé à faire la preuve de l'antidate par tous les moyens possibles, mais ces moyens lui manqueront souvent en fait.

s'en tenir sur la façon dont ses biens ont été gérés et sur la somme qui peut lui être due. La convention qu'il fait avec son tuteur à partir de ce moment est valable.

Si, au contraire, le traité est intervenu avant l'expiration du délai de dix jours, ou s'il y a eu remise d'un compte trop sommaire ou de pièces insuffisantes, la loi prononce une sanction sévère : la *nullité du traité*. L'acte est nul alors même que le tuteur aurait agi de bonne foi et le plus honnêtement du monde. Cette nullité est, bien entendu, une nullité relative, qui ne pourra être demandée que par l'ex-mineur.

Du reste, le traité annulable pourra être ensuite *confirmé* et la nullité se trouvera ainsi couverte, mais cette confirmation n'est possible qu'à un moment où les conditions exigées par la loi se trouvent réunies, c'est-à-dire s'il y a eu remise du compte et des pièces suivie d'un intervalle de dix jours avant l'acte confirmatif ; autrement cet acte lui-même serait entaché du même vice que le traité principal.

Quant à la *prescription de l'action en nullité*, elle s'accomplit par dix ans à compter de la date du traité, par application de l'art. 1304.

1979. Actes soumis à la formalité prescrite par la loi. — Pour déterminer la portée de l'art. 472, il faut en considérer, non les termes, mais les motifs. « Tout traité », dit la loi ; cela ne veut pas dire toute convention quelconque ; la loi vise seulement les *traités relatifs au compte de gestion* du tuteur. L'art. 2045 précise d'ailleurs en disant : « transiger sur le compte de tutelle. » Mais à son tour il va trop loin, car ce ne sont pas seulement les *transactions* proprement dites qui sont nulles, mais aussi les *décharges* et les *dispenses* de rendre compte, tant partielles que totales (Cass., 21 janv. 1889, D. 89. 1. 421. — Comp. Montpellier, 18 mars 1868, Dalloz, *Suppl.*, t. X, p. 753, note 1). Il faut donc combiner les deux articles et dire : « Tout traité sur le compte de tutelle. » — Il résulte de là que, même avant la reddition de compte, l'ex-mineur pourrait conclure avec son ancien tuteur une convention étrangère à la tutelle.

1980. Personnes dispensées de ces formalités. — La disposition de la loi, d'après les motifs qui en ont été donnés, suppose un jeune homme fraîchement sorti de tutelle ; on ne l'appliquera donc pas au cas où le compte est rendu aux *héritiers du pupille après sa mort* : les héritiers n'ont pas besoin d'être protégés (Paris, 28 mars 1874, D. 76. 1. 217, S. 75. 1. 117). On ne l'appliquera pas davantage au cas où le compte est rendu au pupille lui-même après son *émancipation*, parce que le mineur émancipé ne peut recevoir son compte de tutelle qu'avec l'assistance de son curateur (art. 480), et même, s'il y a lieu à transaction, les formalités de l'art. 467 deviennent nécessaires. Le mineur émancipé, n'étant pas laissé à lui-même, n'a donc pas besoin d'une protection spéciale. Du reste, sur ces deux points, le texte est bien clair : il n'annule que le traité passé entre le tuteur « et *le mineur devenu majeur* » (art. 472).

Pour la même raison ce texte ne s'applique pas aux traités obtenus par un père légitime à raison de l'administration légale qu'il a eue sur les biens de son enfant.

§ 4. — *De la prescription en matière de tutelle.*

1981. Établissement d'une prescription décennale. — Autrefois les actions du mineur contre son tuteur n'étaient soumises qu'à une prescription très tardive, 30 et même 40 ans. C'était faire peser sur le tuteur une responsabilité trop prolongée, car les pièces justificatives peuvent facilement se perdre ; souvent ce sont de simples notes ; parfois même il n'y en a pas, il n'y a que des souvenirs qui s'effacent vite, des témoignages difficiles à réunir. Le Code s'est montré plus équitable, il ne donne au mineur que *dix ans* pour agir contre son tuteur, à partir de sa majorité, ce qui est déjà raisonnable. Au bout de dix ans le tuteur est libéré (art. 475).

Le *tuteur* seul profite de cette abréviation de prescription : donc il n'y aura de prescrite, au bout de dix ans, que l'action du pupille contre le tuteur (*actio directa tutelæ*), et non pas l'action du tuteur contre le pupille (*actio contraria tutelæ*). Si le compte de tutelle s'est soldé

par un reliquat passif pour le pupille, le paiement pourra lui en être réclamé pendant trente ans (art. 2262) (Nîmes, 18 nov. 1892, D. 93. 2. 150).

Quant aux actions du mineur contre le tuteur, toutes ne sont pas indistinctement soumises à la prescription de 10 ans. D'après l'esprit de la loi et la place qu'occupe l'art. 475, il n'y faut comprendre que celles qui mettent en question la reddition du compte. Telles sont : 1° l'action en *reddition de compte* proprement dite ; 2° l'action en *responsabilité* pour mauvaise gestion ; 3° l'action en *restitution de fruits* dans l'hypothèse de l'art. 1442 ; 4° l'action en *rectification de compte* pour omission dans les recettes ou exagération dans les dépenses. Mais les autres actions du pupille ne s'éteignent que par la prescription ordinaire de trente ans, par exemple l'action en revendication de ses biens restés aux mains du tuteur, les demandes en rectification d'erreurs matérielles commises dans son compte (art. 541 C. proc. civ.), l'action en paiement du reliquat. Ces diverses actions ne forcent pas le juge à examiner à nouveau les faits de la tutelle ; elles restent donc sous l'empire du droit commun.

A plus forte raison les actions *nées d'une cause étrangère à la tutelle* (par exemple la réclamation d'une créance acquise contre le tuteur par succession) ne se prescrivent que par trente ans, pourvu toutefois que la créance ne soit pas échue pendant la tutelle, auquel cas elle se trouverait comprise dans le compte.

1982. Point de départ de la prescription. — L'art. 475 la fait courir *à compter de la majorité.* Il faut ajouter : *à compter du décès*, si la tutelle finit par la mort du pupille. Mais elle ne court pas du jour de l'émancipation (art. 2252).

Quant aux tuteurs qui sortent de charge à un moment où la tutelle n'est pas encore finie la prescription ne court à leur profit que du jour de la majorité ou de la mort du pupille, et non du jour où ils quittent la tutelle. C'est du reste le droit commun, la prescription étant toujours suspendue en faveur des mineurs. En ajoutant la durée de la minorité à la durée de l'action, on voit qu'un tuteur pourrait encore être poursuivi pour des faits remontant à une trentaine d'années.

IV. — L'émancipation.

CHAPITRE PREMIER

BUT ET FORMES DE L'ÉMANCIPATION

§ 1. — *Son origine et son utilité.*

****1983. Définition et utilité.** — L'émancipation est un acte qui a pour but de *conférer à un mineur* : 1° *le gouvernement de sa personne* ; 2° *la jouissance et l'administration de ses biens avec une capacité limitée.*

L'état du mineur émancipé est intermédiaire entre l'incapacité complète qui frappe le mineur non émancipé, et la liberté absolue dont jouit le majeur, arrivé à l'âge de la pleine capacité civile. Là est l'utilité propre de l'émancipation : elle initie le mineur à l'usage de sa liberté, ce qui l'a fait comparer à une sorte de *stage* ou de *noviciat.* On évite ainsi le passage brusque d'un extrême à l'autre, qui n'est pas sans danger.

Cependant, dans la pratique on en use fort peu ; presque tout le monde arrive à la majorité sans avoir été émancipé. Il n'y a en moyenne que 3 500 émancipations par an ; c'est peu sur plus de 660 000 jeunes gens des deux sexes qui arrivent annuellement à leur majorité. La raison en est que notre loi moderne fixe la majorité à un âge fort peu avancé : 21 ans ; il n'y a guère d'avantage à conférer au mineur une capacité plus précoce encore. L'émancipation serait, au contraire, indispensable si la majorité était reculée jusqu'à 25 ans.

En fait, quand on a recours à l'émancipation, ce n'est presque jamais pour permettre au mineur d'acquérir une certaine expérience des affaires avant sa majorité ; c'est pour lui permettre de faire le commerce, qui n'est possible, d'une manière régulière, que de la part d'un mineur émancipé (art. 2 C. com.).

***1984. Origine.** — Malgré son nom romain, notre émancipation ne ressemble guère à l'émancipation antique. Celle-ci était uniquement un mode d'extinction de la « patria potestas » ; elle rendait « sui juris » le fils ou la fille de famille ; mais *elle ne mettait nullement fin à l'incapacité personnelle de l'enfant.*

Notre émancipation est la fusion de l'émancipation antique avec une autre institution, également romaine, la « venia ætatis », ou *bénéfice d'âge*, qui donnait aux mineurs de 25 ans une capacité anticipée et faisait finir leur curatelle avant qu'ils eussent atteint leur « ætas perfecta ». En réunissant le bénéfice d'âge et la vraie émancipation, qui mettait fin à la puissance paternelle, on obtint l'émancipation moderne. Dans Pothier, la fusion est déjà réalisée (*Des personnes*, nos 186-188).

1985. Système allemand. — La loi allemande ne connaît pas l'émancipation. Quand un mineur paraît suffisamment prudent et habile pour gérer seul ses propres affaires, il bénéficie de ce qu'on appelle une *déclaration de majorité*, qui l'assimile complètement à un majeur. Il n'y a donc pas d'état intermédiaire entre l'incapacité ordinaire du mineur et la pleine capacité.

§ 2. — *Formes et conditions de l'émancipation.*

A. — De l'émancipation expresse.

1° Personnes ayant le pouvoir d'émanciper.

***1986. Mineur ayant encore son père ou sa mère.** — Le droit d'émanciper l'enfant appartient en principe à ses père et mère ; c'est un attribut de la puissance paternelle, qui abdique en quelque sorte afin d'affranchir le mineur. Tant que son père est vivant, lui seul a le droit d'émanciper l'enfant, parce qu'il a seul l'exercice de la puissance paternelle. Lorsque le père est mort, ou lorsqu'il est déchu de la puissance ou hors d'état de l'exercer, le droit d'émanciper passe à la mère (art. 477, al. 1).

Le droit des père et mère d'émanciper l'enfant, dérivant pour eux de leur puissance paternelle, leur reste même quand ils n'ont plus la tutelle. Par exemple, il appartient encore à la mère remariée, qui a cessé d'être tutrice, en vertu de l'art. 395.

***1987. Mineur n'ayant plus ni père ni mère.** — Après la mort ou la déchéance des père et mère, l'enfant ne peut être émancipé que par son *conseil de famille* (art. 478). L'émancipation ne dépend jamais des ascendants ni du tuteur.

Le conseil de famille n'étant pas un corps permanent, l'*initiative* ne peut pas venir de lui ; c'est le tuteur qui demande l'émancipation lorsqu'il la juge utile. S'il ne fait aucune

diligence à cet effet, l'art. 479 permet aux *parents* et *alliés*, jusqu'au degré de cousin germain, de requérir la convocation du conseil. Le juge de paix est tenu de déférer à leur réquisition (art. 479).

1988. Enfants naturels. — L'émancipation n'a été réglée dans le Code civil qu'à propos des enfants légitimes ; cependant il n'est pas douteux que le même bénéfice puisse être accordé également à l'enfant naturel. La difficulté était naguère encore de savoir par qui il pouvait être émancipé, quand ses père et mère étaient tous deux légalement connus ; la loi du 2 juillet 1907 a tranché la question (ci-dessous, n° 1650).

2° Age requis pour l'émancipation

***1989. Émancipation par les père et mère.** — Dans le projet de Code, l'enfant ne pouvait jamais bénéficier d'une émancipation expresse avant d'avoir accompli sa dix-huitième année. Portalis propose de descendre au-dessous de cet âge, afin de faciliter l'établissement de l'enfant. Bien que cette prévision fût peu vraisemblable, elle entraîna l'avis du Conseil d'État, et on autorisa l'émancipation *à partir de quinze ans*, mais seulement de la part des père et mère (art. 477). Ceux-ci ont parfois un intérêt personnel à ne pas émanciper l'enfant avant dix-huit ans, afin de conserver leur droit de jouissance sur ses biens.

***1990. Émancipation par le conseil de famille.** — Celle-ci ne peut jamais avoir lieu qu'*à partir de dix-huit ans* (art. 478). Une réunion de parents souvent éloignés a paru offrir moins de garantie que l'affection des père et mère, et on a craint que le tuteur ne cherchât à se débarrasser de la tutelle en faisant émanciper hâtivement le mineur (Fenet, t. X, p. 593-594). On peut ajouter que les père et mère gardent après l'émancipation une autorité morale qui suffit à protéger le mineur, et qui lui manquerait après une émancipation par le conseil de famille.

3° Formes de l'émancipation.

****1991. Caractère solennel de l'émancipation.** — Le Code civil exige des formes particulières, qui font de l'émancipation un *acte solennel* (c'est-à-dire nul s'il n'est pas accompli dans les formes légales), mais qui lui laissent son caractère d'*acte purement privé*. L'émancipation ne dépend plus, même théoriquement, de l'autorité publique ; autrefois il fallait obtenir des *lettres royaux* délivrées par les chancelleries des Parlements.

***1992. Formalités.** — Si c'est le père ou la mère qui émancipe, l'acte consiste en une *déclaration* qui est *reçue par le juge de paix*, assisté de son greffier (art. 477, al. 2).

Si c'est le conseil de famille, l'émancipation résulte d'une *délibération* prise par le conseil, et que le juge de paix exécute lui-même et séance tenante, en prononçant « que le mineur est émancipé » (art. 478).

Dans les deux cas ce n'est pas à l'état civil, mais *au greffe de la justice de paix*, que se trouvera la preuve authentique de l'émancipation.

1993. Compétence. — La loi ne dit pas quel sera le juge de paix compétent pour recevoir la déclaration du père ; il faut admettre que c'est le juge du canton où l'enfant est domi-

cilié ; or il a pour domicile légal celui de son père ou de sa mère. Pour le cas où c'est le conseil de famille qui émancipe, la compétence du juge de paix est naturellement déterminée par les règles de la tutelle.

B. — De l'émancipation tacite.

1994. Variétés anciennes. — Notre ancien droit avait admis, dans un assez grand nombre de cas, des émancipations tacites ou *taisibles*, qui résultaient de circonstances diverses, sans qu'il y eût d'acte juridique spécial destiné à émanciper l'enfant. Citons à titre d'exemple l'émancipation par « mise hors de pain », par commerce séparé, par mariage, par l'acquisition de certaines dignités civiles ou ecclésiastiques, etc. Voyez VIOLLET, *Précis*, p. 439 à 441, 2e édit., p. 521-524.

****1995. Système actuel.** — Le seul fait qui emporte aujourd'hui émancipation tacite est le *mariage du mineur* (art. 476). Ce texte est le reste d'un système tout différent qui avait été proposé pendant la confection de la loi (FENET, t. X, p. 565, art. 80), et d'après lequel l'émancipation survenait de plein droit, comme une étape intermédiaire, pendant les trois dernières années de la minorité.

***1996. Raisons de l'émancipation tacite.** — Tout mineur qui se marie est par cela seul et de plein droit émancipé, sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration. Le mariage est incompatible, dans l'état de nos mœurs, avec l'état de subordination d'un mineur soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle. Si c'est le mari qui est mineur, il a besoin de son indépendance puisqu'il devient chef de famille ; si c'est la femme, et tel est le cas le plus fréquent, elle trouve dans son mari un guide et un protecteur et n'en doit point avoir d'autre.

***1997. Ses caractères généraux.** — Étant donnés les motifs de l'émancipation tacite, nous pouvons en conclure qu'elle se produit :

1° *Quel que soit l'âge du mineur*, même avant qu'il ait quinze ou dix-huit ans. La femme peut se marier avant quinze ans et l'homme avant dix-huit ans, au moyen de dispenses. Elle peut donc avoir lieu à un moment où l'émancipation expresse est encore impossible.

2° *Quelles que soient les personnes qui aient autorisé le mariage*, par exemple des ascendants, qui n'ont pas le droit de faire une émancipation expresse.

3° *Même malgré la volonté contraire de l'époux ou de ses parents.* Du moment où le mariage a lieu, l'émancipation s'ensuit nécessairement.

L'émancipation par mariage suppose un mariage *valable* ou tout au moins *putatif*, si le mariage est annulé dans des conditions telles qu'il ne produise pas d'effets civils au profit de l'époux mineur, celui-ci n'est pas émancipé.

1998. Sa durée. — Une fois le mariage célébré, l'émancipation reste acquise indéfiniment : elle *survit à la dissolution du mariage* par la mort de l'autre époux ou par le divorce. On verra même qu'elle est *irrévocable* (ci-dessous, n° 2032).

CHAPITRE II

CAPACITÉ PERSONNELLE DU MINEUR ÉMANCIPÉ

§ 1. — *Gouvernement de la personne.*

***1999. Indépendance du mineur émancipé.** — En principe l'émancipé est maître de sa personne ; son curateur n'est en aucune manière chargé de le surveiller. Il a le droit de se choisir un domicile séparé (arg. *a contrario* de l'art. 108, qui n'attribue de domicile légal qu'au mineur non émancipé). Il échappe au droit de correction (art. 377). Il peut compléter à sa guise son éducation, et choisir la profession qu'il veut, contracter un engagement militaire avant 20 ans (1), ou un engagement théâtral.

2000. Exceptions diverses. — Une première restriction est apportée à cette indépendance lorsque le mineur veut choisir la *profession de commerçant.* Comme cette profession amène avec elle un surcroît de capacité (2), la loi exige l'autorisation de ses parents ou une délibération préalable du conseil de famille pour autoriser le mineur à l'entreprendre (art. 2 C. com.).

Le droit du mineur émancipé de se gouverner lui-même souffre encore exception, en vertu de textes spéciaux, pour le *mariage* (ci-dessus, nº 744) et les *vœux religieux* (ci-dessus, nº 1726).

§ 2. — *Administration des biens.*

A. — Étendue de la capacité du mineur.

****2001. Principe établi par la loi.** — La loi dit, dans les art. 481 et 484, al. 1er, que le mineur émancipé peut faire seul tous les actes qui ne sont que de *pure administration* ; pour les autres, il a besoin d'être assisté par son curateur ou de remplir les formalités imposées au tuteur. Ainsi, malgré l'émancipation, la loi ne reconnaît au mineur qu'une capacité limitée ; pour lui l'*incapacité reste toujours la règle*, la capacité est l'exception.

****2002. Actes que le mineur émancipé peut faire seul.** — Que faut-il entendre par « actes de pure administration » ? C'est une formule vague dont la loi nous laisse à déterminer le sens. Deux actes seulement ont été prévus directement par l'art. 481. Ce sont :

1º Les *baux* dont la durée n'excède pas neuf ans ;

(1) C'est pour cela que la loi du 21 mars 1905, art. 50, n'exige des mineurs qui veulent s'engager que le consentement de leurs parents ou de leur tuteur, et non celui de leur curateur, qui n'a jamais à le donner. Néanmoins l'autorité militaire, par une interprétation inexacte de la loi, exige que les jeunes gens émancipés âgés de moins de 20 ans se fassent nommer un tuteur *ad hoc*, spécialement pour satisfaire à ce texte qui parle des mineurs sans distinguer s'ils sont émancipés ou non. Nommer un tuteur à un émancipé ! C'est comme si on en nommait un à un majeur.

(2) Le mineur commerçant est *réputé majeur* pour les faits relatifs à son commerce (art. 487 C. civ., art. 2 C. com.). La seule opération qui lui soit interdite est l'aliénation de ses immeubles (art. 6 C. com.).

2° La *perception des revenus* (1).

Il faut y ajouter :

3° L'exercice des *actions possessoires* et des *actions mobilières* pour lesquelles on peut raisonner par argument *a contrario* de l'art. 482 ;

4° Les *locations*. Nous supposons ici que le mineur joue le rôle de *preneur*, et que c'est lui qui se trouve tenu du loyer ou du fermage ;

5° Les *marchés* avec des entrepreneurs pour des travaux de réparations ;

6° Les *louages de services* conclus avec des domestiques ou employés ;

7° Les *achats d'objets usuels*, meubles, provisions, vêtements, etc. ;

8° Les *ventes de meubles corporels*. Si l'on veut appliquer à la lettre la formule : « actes de pure administration », on doit restreindre ces ventes à celles qui sont nécessitées par les besoins de l'administration : ventes de meubles hors d'usage, de vieux matériel, ventes de récoltes, etc. ; et décider que le mineur n'a pas capacité pour vendre ses meubles corporels d'une manière générale. La vente d'un tableau de maître, par exemple, n'est pas un acte d'administration.

On a cependant soutenu que ces ventes sont permises sans distinction et sans formalités (Aubry et Rau, 4e édit., t. I, § 132, p. 548, note 3). Cette solution aurait l'avantage de dispenser les tiers qui traitent avec le mineur d'une appréciation souvent difficile à faire ; ils pourraient acheter en toute sécurité sans se préoccuper des circonstances qui le poussent à vendre. Mais elle est dangereuse pour le mineur et n'a pas été admise par la jurisprudence. Ainsi il a été jugé que la vente d'un mobilier entier d'une valeur considérable (16 000 francs) ne pouvait être faite valablement sans l'assistance du curateur (Paris, 18 déc. 1878, D. 80. 1. 61). Comp. Huc, t. III, n° 484.

9° La *transaction relative aux actes d'administration*.

La loi n'en a pas parlé, mais la capacité du mineur à cet égard a été affirmée par Bigot du Préameneu dans l'Exposé des motifs du titre « Des transactions », et elle est conforme aux principes : l'art. 2045 veut que celui qui transige ait la libre disposition de l'objet de la transaction ; or le mineur remplit cette condition, tant qu'il s'agit d'un acte de pure administration. En sens contraire, Laurent, t. V, n° 235.

10° Les *achats d'immeubles*. Logiquement un pareil acte devrait être considéré comme dépassant la capacité du mineur émancipé (voyez ce qui en est dit ci-dessous, n° 2022). Cependant la jurisprudence permet au mineur d'acheter des immeubles, seul et sans aucune assistance, sous prétexte que l'art. 484 déclare simplement réductibles les obligations qu'il contracte *par voie d'achat* : si elles sont réductibles, elles sont donc valables (Cass., 29 juin 1857, D. 58. 1. 33. S. 57. 1. 729 ; Cass., 21 août 1882, D. 83. 1. 339, S. 83. 1. 113). Ces décisions seront expliquées plus loin (n° 2005, en

(1) La perception des revenus n'est autorisée qu'au fur et à mesure de leur échéance. Le mineur ne pourrait pas se les faire payer d'avance, en stipulant, par exemple, dans un bail que tous les loyers à échoir lui seront payés lors de l'entrée en jouissance. Ce serait un acte essentiellement dangereux. Cependant il faut tenir compte des usages reçus. Ainsi à Paris et dans beaucoup de villes on fait payer d'avance les petits loyers, au début et non à la fin de chaque trimestre ; on exige des boutiquiers six mois de loyer d'avance, qui forment une sorte de cautionnement. Un mineur émancipé peut stipuler de pareilles clauses, qui sont des précautions utiles.

note) ; elles ont formulé un principe erroné tout à fait inutile. D'ailleurs la jurisprudence moderne en corrige la conséquence la plus choquante : elle admet que, sous prétexte de « réduire » l'engagement, la justice peut le *supprimer totalement* (Cass., 10 févr. 1890, D. 91. 1. 292, S. 93. 1. 463). Autant dire qu'elle les annule ; il n'y manque plus que le mot.

2003. Comparaison avec les pouvoirs du tuteur. — On voit par ce tableau que la *capacité* du mineur émancipé n'a pas pour mesure l'étendue des *pouvoirs* du tuteur (sur la distinction de la capacité et du pouvoir, voir ci-dessus, nº 450). Voici par exemple deux actes qu'un tuteur peut faire seul et qui sont interdits au tuteur émancipé, savoir :

1º *Recevoir un capital* et en donner décharge ;

2º *Défendre à une action immobilière.*

En sens inverse, le droit du mineur est parfois plus étendu que celui du tuteur, car il n'est pas administrateur du bien d'autrui ; *il n'est pas obligé de capitaliser l'excédent des revenus* pour le placer ; il peut le dépenser entièrement et il n'en est pas comptable ; il a en un mot la *jouissance* de sa fortune.

On peut remarquer en outre qu'un tuteur ne peut exercer seul une action immobilière pétitoire : il lui faut l'autorisation du conseil de famille. Pour le mineur émancipé, le conseil de famille n'a pas à intervenir ; l'assistance de son curateur suffit.

2004. Validité des actes d'administration faits par le mineur. — Les actes que le mineur accomplit dans les limites de l'administration sont valables comme s'ils étaient faits par un majeur : la loi lui donne capacité pour les faire et c'est le but même de l'émancipation. Par conséquent *il n'est pas restituable pour cause de lésion*, comme l'est le mineur non émancipé (art. 481 *in fine* et 1308). Il ne pourra les attaquer que dans le cas où un majeur le pourrait lui-même, sauf la possibilité d'obtenir la réduction de certains engagements dans les cas où la loi le lui permet (ci-dessous, nº 2006). C'est là un secours exceptionnel, propre au mineur émancipé et qui remplace, dans une certaine mesure, l'action en rescision que lui enlève l'art. 481.

Il résulte de là une conséquence remarquable. Les actes du mineur font naître à sa charge une foule d'*engagements* : il achète à crédit, il prend des domestiques, il loue un appartement, etc. ; il se trouve donc tenu de payer des prix d'achat, des gages, des salaires, des loyers, des travaux, des honoraires, etc. Ses créanciers ont, *comme les créanciers d'un majeur*, le droit de faire saisir et vendre ses biens, *même ses immeubles*. C'est le droit commun : il est débiteur, et comme tel tenu sur tous ses biens (art. 2092). Il ne lui reste que le bénéfice de l'art. 2206 : ses immeubles ne peuvent être mis en vente qu'après la *discussion* du mobilier, et au cas où ce mobilier serait insuffisant.

B. — Possibilité de réduire les engagements excessifs du mineur.

***2005. Danger possible pour le mineur.** — Le mineur émancipé, malgré les bornes étroites de sa capacité, court un réel danger. Il peut se laisser entraîner à des dépenses exagérées, hors de proportion avec ses ressources annuelles ; il peut monter sa maison sur un trop grand pied, entreprendre des embellissements ou des agrandissements excessifs, etc. Sans dépasser, en droit, *les limites de sa capacité*, il peut dépasser en fait le *chiffre de ses revenus*, se grever d'obligations trop lourdes et finalement se ruiner. On avait bien songé à limiter au montant de ses revenus l'effet des obligations par lui contractées (art. 108 du

projet, FENET, t. II, p. 89); on y a renoncé à cause de l'impossibilité pratique d'appliquer un tel système, et voici ce qu'on a imaginé pour protéger le mineur. En cas d'*excès*, et le sens de cette expression vient d'être suffisamment expliqué, le tribunal aura le droit de *réduire* les obligations du mineur (art. 484, al. 1er). Ce n'est pas que ces opérations soient à proprement parler annulées; elles sont valables au fond; seulement la justice les revise pour en abaisser le montant à un taux plus raisonnable, tandis que s'il s'agissait d'une opération dépassant sa capacité, elle ne serait pas seulement *réductible*, elle serait *annulable* pour le tout. Le système de réduction organisé par le Code ne s'applique donc qu'aux obligations contractées par le mineur dans les limites de sa capacité (1).

***2006. Quels engagements sont réductibles.** — L'art. 484 parle des obligations contractées « par achat ou *autrement* ». Ce dernier mot fait allusion aux dettes qui proviennent de *louages* de domestiques, chevaux, voitures, etc., ou de *marchés* avec des entrepreneurs. En tout cas la loi suppose que le mineur est *obligé à payer* : elle n'a pas eu pour but de le protéger contre des imprudences d'un autre genre, par exemple lorsqu'il loue un de ses immeubles pour une somme inférieure à la valeur locative réelle, ou qu'il vend ses récoltes à trop bas prix.

***2007. Conditions de la réduction.** — Les tribunaux ne doivent user de leur pouvoir qu'avec mesure. Ils doivent prendre en considération, dit l'art. 484, la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses, etc. — Si le mineur avait usé de dol envers l'autre partie, son engagement, quelque grave qu'il soit, ne serait pas réductible.

***2008. Étendue de la réduction.** — En parlant *d'excès* et de *réduction*, la loi entend évidemment que l'engagement du mineur, qu'on suppose valable et contracté par lui dans la limite de sa capacité, subsiste pour la plus forte part; il subit seulement une *diminution partielle*. Cependant la Cour de cassation a admis que le mineur émancipé qui a contracté un engagement excessif pour l'achat d'un immeuble peut en obtenir la *réduction totale* de façon à être entièrement déchargé de toute obligation (Cass., 10 févr. 1890, D. 91. 1. 292, S. 93. 1. 463). La Cour remarque elle-même que cette réduction totale équivaut à une annulation, et elle apporte ainsi un correctif indispensable à la jurisprudence antérieure sur les achats d'immeubles par les mineurs émancipés (ci-dessus, nº 2002-10°).

CHAPITRE III

CURATELLE DU MINEUR ÉMANCIPÉ

§ 1. — *Du curateur.*

****2009. Nature de ses fonctions.** — Le mineur émancipé est pourvu d'un *curateur*. La fonction de curateur ne ressemble en rien à celle de tuteur :

(1) Cependant la chambre des requêtes a jugé à deux reprises que la réduction autorisée par l'art. 484 pouvait s'appliquer à toute obligation souscrite par le mineur, même à celles qui excèdent les limites de la pure administration (Cass., 29 juin 1857, D. 58. 1. 33, S. 57. 1. 729; Cass., 21 août 1882, D. 83. 1. 339, S. 83. 1. 113). Ces deux décisions sont mal motivées; l'achat d'un immeuble ou l'achat d'un fonds de commerce dépassent certainement la capacité d'un mineur émancipé, bornée aux actes de pure administration (voyez ce qui est dit ci-dessous du placement des capitaux au nº 2022). Néanmoins elles sont exactes : dans le premier cas le mineur a obtenu, sous le nom de réduction, l'annulation d'un engagement accessoire, il a donc reçu la satisfaction qu'il demandait; dans le second la demande a été rejetée, et c'était encore justice, parce que la demande en nullité émanant d'un mineur n'est recevable qu'autant qu'il a été lésé, et il n'y avait pas de lésion.

tandis que le tuteur *gère*, c'est-à-dire agit au nom du pupille et le représente, le curateur n'administre pas et n'accomplit par lui-même aucun acte ; tout son rôle se borne à *assister le mineur* dans les cas où cela est nécessaire ; *c'est toujours le mineur qui agit en personne*.

***2010. Définition de l'assistance.** — *Assister* une personne, c'est être présent à ses côtés au moment où elle agit, pour la guider, pour surveiller ses intérêts ; c'est donc une participation personnelle et directe qu'on exige du curateur. Si on prenait la loi au pied de la lettre, une autorisation écrite et donnée d'avance ne serait pas suffisante : autoriser n'est pas *assister*. Toutefois on admet en général que le procédé de l'autorisation anticipée peut être employé, quand il s'agit de conclure une affaire, pourvu que les clauses et les conditions de l'acte soient suffisamment déterminées et prévues en détail par le curateur. Sans cette précaution, l'autorisation équivaudrait à un blanc-seing, c'est-à-dire au défaut d'assistance. Mais ce tempérament n'est admis, d'après la jurisprudence la plus récente, que pour les actes *isolés* et *extrajudiciaires*, tels qu'un *contrat*. S'il s'agit d'une *procédure* à diriger ou à soutenir, la Cour de cassation ne se contente plus d'une simple autorisation ; elle veut l'assistance effective et permanente, parce qu'un incident imprévu peut toujours surgir (Cass., 1er févr. 1876, D. 76. 1. 80, S. 76. 1. 153). Cet arrêt a statué pour un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, mais sa situation est la même que celle d'un mineur émancipé pourvu d'un curateur (voyez ci-dessous, nº 2121).

***2011. Responsabilité du curateur.** — Grâce à la nature toute spéciale de ses fonctions et à leur portée très réduite le curateur n'encourt pas une responsabilité aussi redoutable que celle du tuteur. Il est à cet égard dans la même situation que les membres du conseil de famille, qui n'étant ni détenteurs ni gérants de la fortune du pupille, ne sont responsables qu'en cas de *dol* ou de *faute lourde*.

Cependant la responsabilité du curateur se rapproche de celle du tuteur, lorsque le mineur reçoit une somme d'argent représentant un capital : le curateur est chargé alors d'une mission active ; il doit en surveiller l'emploi (ci-dessous, nº 2021).

***2012. Absence de compte et d'hypothèque légale.** — C'est le mineur émancipé qui possède tous ses biens, qui a le maniement des fonds, et qui administre par lui-même. Par suite, le curateur n'a pas de compte à lui rendre et ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale.

***2013. Nomination du curateur.** — Sauf l'exception signalée au nº 2015, la curatelle est toujours *dative*, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Il n'y a jamais de curatelle testamentaire, car l'émancipation se fait toujours entre vifs. Il n'y a pas davantage de curatelle légale, pas même au profit des père et mère (1).

(1) Le contraire a cependant été jugé par la cour de Besançon (8 avril 1884, D. 85. 2. 246, S. 84. 2. 93), qui a décidé que le père qui émancipe son enfant en est de plein droit

En réalité, l'attribution de la curatelle n'a pas été réglée par la loi. Elle dit seulement dans l'art. 480, que pour recevoir le compte de tutelle le mineur aura besoin d'être assisté par un curateur « qui lui sera nommé par le conseil de famille ». Ce n'est là qu'un cas particulier ; mais, faute d'un autre texte, il s'est vu ériger en règle générale. Il est possible que le mineur soit émancipé par son père avant l'ouverture de la tutelle et sans qu'il y ait de comptes à lui rendre : ce cas ne rentre pas dans les prévisions littérales de l'art. 480, et cependant on en applique encore la disposition en tant qu'il s'agit de faire nommer le curateur par un conseil de famille.

2014. Moyen de conserver l'ex-tuteur comme curateur. — D'après le projet du Code, le tuteur du mineur, quand il en avait un, se transformait de plein droit en curateur. Cette disposition a été écartée. Si le conseil de famille croit utile de donner comme curateur au mineur émancipé son ancien tuteur, par exemple le père, investi de la tutelle légale, qui vient d'émanciper son fils, il pourra y arriver en nommant simplement un curateur *ad hoc* pour la réception du compte de tutelle, après quoi il sera libre de choisir l'ex-tuteur comme curateur ordinaire.

2015. Cas où la curatelle est légale. — On admet en général que le *mari majeur* est de plein droit *curateur de sa femme*, lorsqu'elle est mineure (1). On tire cette solution de l'art. 2208, al. 2, qui, en principe, se contente de l'autorisation du mari pour assister la femme mineure et n'exige l'autorisation de justice qu'autant que le mari lui-même est mineur. L'art. 506 vient corroborer cette induction, car au cas d'*interdiction* de la femme il lui donne son mari comme tuteur légal (2).

***2016. Caractère obligatoire de la curatelle.** — De même que la tutelle, la curatelle est une charge *obligatoire*. Les motifs sont les mêmes. Ceci est admis, quoique la loi n'en ait rien dit.

On est en outre d'accord pour étendre au curateur, par analogie, tout ce que la loi dit des causes d'*excuse*, d'*incapacité*, d'*exclusion* ou de *destitution* relativement au tuteur.

§ 2. — *Cas où l'assistance du curateur est requise.*

****2017. Leur petit nombre.** — Ces cas sont en très petit nombre (une dizaine), et il est nécessaire d'expliquer pourquoi. Les rédacteurs du projet s'étaient contentés, même pour les actes les plus graves, de la simple assistance du curateur ; ils n'exigeaient jamais d'autres formalités. Le Tribunat ne trouva pas ce système suffisamment protecteur, et il fit admettre un principe tout différent : pour tous les actes qui dépassent la « pure administration », *les formes prescrites pour le mineur en tutelle sont devenues nécessaires* (art. 484, al. 1). Il est résulté de là que le curateur s'est trouvé

curateur. On doit considérer cet arrêt comme isolé et sans autorité. Un autre arrêt (Cass., 4 févr. 1868, D. 68 1. 393) que l'on cite quelquefois dans le même sens, est relatif à la curatelle légale du mari (ci-dessous, n° 2560). Voyez dans notre sens, Douai, 22 déc. 1863, D. 65. 2. 246, en note, S. 65. 2. 13 ; Aubry et Rau, t. I, § 131, texte et notes 1 à 6 ; Demolombe, t. VIII, n° 242 ; Laurent, t. V, n° 208. Anciennement la question n'était pas douteuse (Caen, 27 juin 1812, D. 12. 782, S. 14. 2. 394). Il paraît cependant que dans certaines régions les juges de paix considèrent les père et mère comme investis de la curatelle par la loi. Si cette habitude existe, c'est une irrégularité. Comp. Sol. Enregistrement, 18 mai 1869, D. 70. 3. 75, S. 70. 2. 90.

(1) Cette opinion est cependant combattue par quelques auteurs qui pensent que la femme mariée n'a pas de curateur (Laurent, t. V, n° 239 ; Huc, t. III, n° 480).

(2) La curatelle du mari est à peu près dépourvue d'occasions de s'exercer, car dans l'immense majorité des cas l'administration des biens de la femme appartient à son mari en vertu du régime matrimonial des époux. Il en résulte que le mari a qualité pour faire en son propre nom les actes pour lesquels sa femme aurait eu besoin de son assistance.

presque éliminé : prises entre la liberté d'administrer laissée au mineur et l'intervention du conseil de famille requise pour tous les actes importants, *ses fonctions sont réduites à peu près à rien.* En effet, lorsque les formalités voulues par l'art. 484 sont employées, l'assistance du curateur est inutile, et il n'a qu'à s'abstenir (voyez n° 2028). Un peu plus, le curateur se trouvait déchargé de tout office. S'il lui est resté quelque chose à faire, cela tient d'abord à ce que les actes permis à l'émancipé sont moins nombreux que ceux qu'un tuteur peut faire sans autorisation ; cela tient aussi à ce que des textes postérieurs ont conféré au curateur des attributions nouvelles.

A. — Actes qui se font avec l'assistance du curateur.

2018. Réception du compte de tutelle. — La réception de ce compte est un acte important, car une fois qu'il est approuvé, il entraîne décharge pour le tuteur. De là la nécessité de l'assistance du curateur (art. 480).

***2019. Partage d'une succession.** — En combinant les art. 465 et 484, nous devrions dire, par application des règles de la tutelle, que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au mineur, quand c'est lui qui demande le partage. Mais ces articles ne sont pas seuls : ils ont été modifiés par l'art. 840, qui est postérieur en date, et qui se contente de l'assistance du curateur, mais qui l'*exige toujours*, même quand le partage n'est pas provoqué par le mineur. Du reste, d'après l'art. 838, le partage doit être fait en justice, dans les mêmes formes que si le mineur n'était pas émancipé.

2020. Acceptation d'une donation. — L'art. 935, al. 2, se contente de l'assistance du curateur ; l'art. 463, combiné avec l'art. 484, al. 1, aurait rendu nécessaire l'autorisation du conseil de famille.

****2021. Réception d'un capital mobilier.** — On suppose qu'un débiteur du mineur lui offre le remboursement de sa créance : le mineur n'a pas capacité pour en donner quittance sous sa seule signature. Il lui faut l'assistance de son curateur (art. 482). La loi laisse bien à la disposition de l'émancipé tout ce qui est *revenus*, mais ici il s'agit d'un *capital* : la jeunesse du créancier ne lui inspire pas de confiance, et elle craint qu'il ne gaspille l'argent. Le débiteur ne serait donc pas libéré et s'exposerait à payer deux fois, s'il n'exigeait pas l'intervention du curateur.

Par exception, le mineur peut retirer librement les fonds déposés en son nom à une caisse d'épargne : il pourrait le faire même s'il n'était pas émancipé (L. 9 avril 1881, art. 6 ; L. 20 juillet 1895, art. 16).

2022. Placement des capitaux. — Une acquisition destinée à opérer le remploi d'un capital n'est pas un acte d'administration. Il n'y a pas à distinguer s'il s'agit de meubles ou d'immeubles, ni même si l'acquisition a lieu au comptant au moyen des deniers sujets à remploi, ou s'il est accordé au mineur un crédit plus ou moins long pour le paiement du prix. « Dans la gestion d'une fortune civile, administrer, c'est conserver les biens au moyen d'un entretien périodique, les rendre productifs d'un revenu selon leur destination, percevoir les revenus et les employer, placer l'excédent

économisé » (M. Labbé, *Sirey*, 82. 2. 234, col. 1). Le placement d'un capital dépasse donc le pouvoir d'un administrateur.

Ainsi, lorsque le mari, administrateur des biens de sa femme, achète en son nom un nouvel immeuble en remploi du prix d'un bien aliéné, ce remploi doit être approuvé et accepté par la femme (art. 1435). La jurisprudence la plus récente annule les placements des capitaux faits par la femme séparée de biens comme dépassant sa capacité (Agen, 9 nov. 1881, S. 82. 2. 233 ; Cass., 2 déc. 1885, D. 86. 1. 294, S. 86. 1. 97). On a vu plus haut que la loi de 1880 a subordonné de même au consentement du conseil de famille les placements à faire par le tuteur (n° 1900). Il y a là un ensemble de décisions concordantes qui nous imposent une solution analogue pour le mineur émancipé : le consentement de son curateur lui sera nécessaire. L'art. 482 ne dit-il pas d'ailleurs que le curateur « surveillera l'emploi du capital reçu »? Ceci prouve bien que le mineur n'est pas libre de placer à sa guise. Cependant on a déjà vu que la jurisprudence considère les achats *d'immeubles*, comme permis au mineur émancipé à titre d'actes d'administration (ci-dessus, n° 2002-10°).

Le rôle du curateur n'est pas fini lorsqu'il a assisté au versement des fonds et contresigné la quittance : il doit en outre *surveiller l'emploi du capital reçu* (même article). C'est là une obligation vague, dont la loi n'a précisé ni les limites, ni le mode d'exécution. Le moyen le plus pratique de la remplir consiste à n'autoriser la réception des fonds qu'à la condition qu'ils seront déposés chez un banquier ou dans une société de crédit, en attendant leur placement, et de déterminer quel genre de valeurs il faudra acheter. On ne saurait aller au delà. Le curateur n'est pas autorisé à en dessaisir le mineur pour se les faire remettre à lui-même. Nous trouvons donc là une obligation spéciale du curateur, et un cas, assez grave pour lui, de *responsabilité personnelle*. S'il y a eu négligence de sa part et que le mineur ait dissipé l'argent, il en sera responsable.

Malgré le défaut d'emploi, le tiers qui a versé les fonds au mineur assisté de son curateur n'en est pas moins libéré : son paiement a été fait en bonne forme et la quittance qui lui a été délivrée est libératoire par elle-même.

***2023. Aliénation des valeurs mobilières.** — Le Code civil n'a pas réglé expressément l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à un mineur émancipé. La question prêtait à controverse, mais on admet en général que l'assistance du curateur suffit pour la rendre valable (Aubry et Rau, § 133-4°, t. I, p. 553 ; Demolombe, t. VIII, n° 310). Cette interprétation a été confirmée indirectement par les auteurs de la loi du 27 février 1880, qui l'ont modifiée uniquement pour une catégorie spéciale de mineurs indiquée ci-dessous, n° 2029. Les discussions dans les deux chambres ne laissent aucun doute à cet égard (D. 80. 4. 50 ; Sirey, *Lois annotées*, 1876-1880, p. 549).

On faisait toutefois exception pour deux sortes de valeurs, les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France, pour lesquelles il existait des textes spéciaux : la loi de 1806 et le décret de 1813 (1) ; mais ces textes ayant été abrogés par la loi du 27 février 1880, art. 12 (2), la règle est maintenant uniforme pour toutes les valeurs.

(1) La loi du 24 mars 1806 permettait au mineur émancipé de vendre, avec la simple assistance de son curateur, les inscriptions de 50 francs de rente et au-dessous ; au-dessus de ce chiffre, elle exigeait l'autorisation du conseil de famille. Ces dispositions furent étendues aux actions de la Banque de France par le décret du 25 sept. 1813, selon que le mineur voulait vendre des titres représentant plus d'une action entière, ou une valeur inférieure. Comp. ci-dessus, n° 1913.

(2) Il résulte de cette abrogation qu'il n'y a plus lieu de distinguer pour les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France, selon l'importance de leur chiffre : même au-dessus de 50 francs de rente ou d'une action entière, l'assistance du curateur suffit tou-

Sauf cette modification, ce système ancien s'applique encore aux mineurs qui sont émancipés par leur propre mariage, ou par leur père, avant l'ouverture de la tutelle. Comp. ci-dessous, nº 2029.

***2024. Conversion de titres nominatifs en titres au porteur.** — La nécessité d'obtenir pour cette opération l'assistance du curateur résulte par voie de conséquence de ce qui vient d'être dit relativement à l'aliénation des valeurs. La faculté de convertir les titres nominatifs en titres au porteur suppose la faculté d'aliéner la valeur elle-même, puisque la forme au porteur rend l'aliénation singulièrement facile. Le lien qui existe entre les deux espèces d'opérations a été parfaitement mis en lumière par M. Lyon-Caen (note dans *Sirey*, 69. 2. 321) ; il se trouve législativement établi par la combinaison de l'art. 10 de la loi de 1880 avec ses art. 1 et 4.

De plus, les rentes sur l'État sont restées soumises aux dispositions de l'ordonnance du 29 avril 1831 et du décret du 18 juin 1864, signalés ci-dessus, nº 1917, note 1. Ces deux textes ne sont pas considérés comme abrogés par la loi de 1880 (Circ. minist. Just., 20 mai 1880, D. 81. 3. 72. col. 2. Comp. circ. minist. Finances, 10 mars 1880).

2025. Conversion d'une saisie immobilière en vente volontaire. — Lorsqu'un immeuble a été saisi par un créancier, le débiteur majeur et maître de ses droits peut demander que la vente ait lieu, non dans les formes de la saisie immobilière, mais dans les formes plus simples établies pour les ventes de biens de mineurs. On y gagne d'économiser du temps et de l'argent (art. 743 C. proc. civ.). C'est ce qu'on appelle une *vente sur conversion de saisie*. Le mineur émancipé peut former la même demande assisté de son curateur (art. 744 C. proc. civ.).

***2026. Exercice des actions en justice.** — La loi est aussi incomplète pour le mineur en curatelle que pour le mineur en tutelle : elle règle seulement l'exercice des *actions immobilières* (art. 482). Qu'il s'agisse de les *intenter* ou d'y *défendre*, le mineur ne peut jamais y figurer qu'avec l'assistance de son curateur. Pour toute autre espèce d'actions, la loi nous laisse à deviner la solution.

Prenons d'abord les actions *possessoires*. Même observation que celle qui a été faite au nº 1951-3º, pour l'art. 464 ; malgré la généralité de ses termes, la décision de la loi ne concerne que les actions *pétitoires* (revendications de propriété, contestations sur l'existence d'une servitude ou de tout autre droit réel immobilier). L'exercice des actions possessoires, qui tendent seulement à maintenir intact l'état de fait, rentre par sa nature dans la catégorie des actes d'administration (comp. art. 1428). Donc le mineur pourra les exercer et y défendre, sans se faire assister par son curateur.

Pour les *actions d'état* on n'éprouve pas davantage d'hésitation. Leur gravité exceptionnelle exige, à plus forte raison encore que pour les actions immobilières, l'assistance du curateur.

Restent les actions *mobilières*. L'art. 482 semble bien avoir voulu établir une antithèse entre les actions mobilières et les actions immobilières, quand il interdit au mineur agissant seul l'exercice de ces dernières. Cette antithèse entre les meubles et les immeubles est traditionnelle en droit français. Cependant dans l'opinion générale on refuse au mineur le droit d'exercer seul les actions qui tendent à la réclamation d'un capital mobilier et cela, dit-on, pour respecter l'autre disposition de l'art. 482 relative à la réception de ces capitaux. Mais on ne réfléchit pas que cette dernière partie de l'article a uniquement pour but de retirer des mains du jeune homme la libre disposition d'une somme d'argent : c'est le versement des deniers entre ses mains, qui seul crée le danger. Il suffirait donc, pour obéir à la loi, d'exiger l'assistance du curateur au moment où le débiteur poursuivi par le mineur voudra se libérer, tout en laissant à celui-ci la faculté de plaider tant qu'il voudra en matière mobilière.

jours ; l'autorisation du conseil de famille, requise autrefois, n'est plus jamais nécessaire au mineur émancipé. Il est peu probable que le législateur ait prévu cette conséquence, mais elle s'impose (Cass., 13 août 1883, D. 84. 1. 103, S. 84. 1. 177).

***2027. Du refus d'assistance.** — Qu'arrive-t-il si le curateur refuse de prêter son concours à l'acte que le mineur se propose d'accomplir? En principe ce refus paralyse le mineur. C'est le but même de l'institution de la curatelle : empêcher le mineur de faire des actes qui lui seraient dommageables à lui-même. Cependant, en cas de refus injuste, comme on ne peut pas laisser le mineur à la merci d'un curateur mal intentionné, on lui reconnaît le droit de s'adresser au conseil de famille pour lui demander la nomination d'un curateur ad hoc, et, en cas de rejet de sa demande, de se pourvoir devant le tribunal en annulation de la délibération du conseil (Douai, 15 déc. 1900, D. 1903. 2. 9).

B. — Actes soumis aux formalités de la tutelle.

***2028. Inutilité de l'assistance du curateur.** — On a déjà vu (n° 2017) que c'est sur la demande du Tribunat que le mineur émancipé a été assimilé au mineur en tutelle, pour tous les actes qu'un tuteur ne peut pas faire sans autorisation. Le principe est posé en termes généraux par l'art. 484 : « Il ne pourra... faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans remplir les formes prescrites pour les mineurs non émancipés. » On a vu aussi que ce texte a failli supprimer du coup toute la mission du curateur. L'assistance du curateur se trouve ainsi non pas accompagnée, mais remplacée par les formalités de la tutelle ; la conserver eût été du luxe ; quand le conseil de famille, et souvent même le tribunal ont autorisé le mineur à agir, quelle utilité pourrait bien avoir une troisième autorisation émanant du curateur?

Les actes qu'un tuteur ne peut pas faire sans autorisation ont été étudiés à propos du mineur en tutelle (n° 1964). Ce sont notamment les *aliénations d'immeubles*, les *emprunts* (art. 483), les *constitutions d'hypothèques*, les *transactions*, les *acceptations* ou *répudiations de successions*, l'*acquiescement à une action immobilière*, etc.

L'assimilation n'est cependant pas complète : pour les *partages de successions* et pour l'*exercice des actions immobilières*, l'assistance du curateur suffit toujours au mineur émancipé, tandis que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, du moins quand c'est lui qui demande le partage ou qui intente l'action.

2029. Dispositions de la loi du 27 février 1880. — Cette loi a étendu aux mineurs émancipés les mesures protectrices qu'elle a établies pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs en tutelle ; mais elle ne l'a pas fait d'une manière complète. On a déjà vu (ci-dessus, n° 2023) que ce régime nouveau n'a été appliqué qu'à une seule catégorie de mineurs : ceux qui sont *émancipés au cours de la tutelle* (art. 4). Pour eux, mais pour eux seuls, les valeurs mobilières ne peuvent être vendues qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et même, quand elles dépassent 1 500 francs en capital, avec l'homologation du tribunal. Pour tous les autres mineurs émancipés, l'assistance du curateur suffit toujours (1). Le régime de 1880 est ainsi considéré comme une prolongation du régime de la tutelle, auquel l'incapable se trouvait antérieurement soumis.

(1) Observations critiques. — Par la complication et l'enchevêtrement de ses dispositions cette loi semble une gageure du législateur ; on dirait qu'il a voulu en rendre l'explication impossible à la doctrine et l'observation impossible à la pratique. Il n'y avait pas de raison sérieuse pour rompre l'*unité du régime applicable aux émancipés*. Il a fallu envoyer de nombreuses circulaires aux agents de l'administration pour fixer le sens de la loi, et les arrêts ont montré à quelles difficultés on aboutissait. Une loi qui donne de pareils résultats est condamnée. Elle a de plus un défaut grave; la *lenteur des formalités* qu'elle exige (convocation d'un conseil de famille, homologation du tribunal) empêche souvent

§ 3. — *Cessation de la curatelle.*

***2030. Énumération des causes de cessation.** — La curatelle prend fin de trois façons : 1° par la *majorité* du mineur ; 2° par sa *mort* ; 3° par la *révocation de l'émancipation.* — La dernière cause seule a besoin d'être expliquée.

***2031. Motif de la révocation.** — L'émancipation peut être révoquée lorsque les engagements du mineur ont été *réduits pour cause d'excès* (art. 485). Le mineur ayant montré par sa conduite qu'on avait trop compté sur sa maturité, on lui retire une capacité dont il fait un mauvais usage.

****2032. Cas où l'émancipation est irrévocable.** — L'art. 485 s'exprime d'une manière absolue : « Tout mineur émancipé... » On reconnaît cependant que l'*émancipation tacite*, qui résulte du *mariage*, est irrévocable. Cette solution découle des motifs qui ont fait établir cette espèce d'émancipation ; et l'art. 485 montre par sa rédaction que, dans la pensée de ses auteurs, il ne concerne que l'émancipation expresse, puisque l'on doit employer pour la révoquer « les mêmes formes que pour la conférer ».

2033. Moyen pour le mineur d'éviter la révocation. — A un autre point de vue encore, l'art. 484 est mal rédigé. Il suppose formellement, pour autoriser le retrait de l'émancipation, que les engagements du mineur « ont été réduits ». Or comme l'*action en réduction n'appartient qu'au mineur*, il dépend de lui d'échapper à cette révocation en s'abstenant de demander la réduction de ses engagements. Quelques auteurs, considérant que ce qui justifie la révocation est moins la réduction des engagements que l'excès des dépenses, ont proposé soit d'accorder l'action en réduction à d'autres qu'à lui, soit d'autoriser la révocation par cela seul que des engagements excessifs ont été contractés. Mais l'un comme l'autre remède est inadmissible : d'une part les principes généraux empêchent de donner l'action en réduction à un autre qu'au mineur, puisqu'elle est établie dans son intérêt exclusif ; de l'autre, le texte bien formel de la loi suppose que ces engagements « ont été réduits », et non pas seulement qu'ils sont réductibles. En fait, les révocations d'émancipation sont extrêmement rares.

***2034. Formes de la révocation.** — La révocation se fait en suivant les mêmes formes que s'il s'agissait de l'émancipation de l'enfant (art. 485). Ici encore la loi s'est mal exprimée. Elle dit : « les mêmes formes que celles qui *auront eu lieu* pour la lui conférer. » L'emploi de ces formes n'est peut-être plus possible : par exemple, si l'enfant a été émancipé par son père, et qu'il se trouve aujourd'hui sans père ni mère, ce n'est pas par une déclaration de ses parents que l'émancipation sera révoquée. Mais la pensée de la loi n'en est pas moins très claire : ce sera le conseil de famille qui retirera l'émancipation par un vote, suivi d'une déclaration du juge de paix que « l'émancipation est révoquée ». Aucune jurisprudence ; les révocations sont inconnues en pratique.

le tuteur ou l'émancipé de profiter d'un moment favorable pour *vendre de mauvaises valeurs* : les mouvements de la Bourse sont plus prompts que la justice, et ces formalités destinées à protéger les incapables leur ont plus d'une fois infligé des pertes qui auraient pu être évitées en allant plus vite. Il serait nécessaire d'autoriser rapidement le tuteur à vendre dans les cas urgents, par exemple au moyen d'une *ordonnance de référé*. Les Allemands nous en ont donné l'exemple dans la loi du 16 juin 1887 sur les tutelles, applicable à l'*Alsace-Lorraine* (art. 6). Voyez l'*Annuaire étranger*, t. XVII, p. 385.

***2035. Effet de la révocation.** — Cet effet est ainsi déterminé dans l'art. 486 : « L'enfant *rentrera en tutelle.* » Encore une expression insuffisante. Cela n'est pas toujours vrai, car si l'enfant a encore ses père et mère, il retombe sous leur puissance et non pas en tutelle, puisque la tutelle n'est pas encore ouverte. — S'il y a lieu à tutelle, elle est déférée d'après les principes du droit commun, ce qui fait que souvent l'enfant se trouvera replacé sous la puissance de son ancien tuteur.

Le retrait a encore un autre effet : *il empêche que l'enfant soit émancipé de nouveau.* « Il y restera (en tutelle) jusqu'à sa majorité accomplie », dit l'art. 486. Cela valait-il bien la peine d'être dit, et les parents ou le conseil de famille qui ont prononcé le retrait de l'émancipation auraient-ils été tentés d'en accorder une seconde? D'ailleurs, il faut faire exception pour les cas où l'enfant se marierait, étant encore mineur ; il se trouverait alors émancipé de nouveau, malgré la prohibition de l'art. 486, à cause du caractère impérieux des motifs de l'émancipation tacite. Ce qui est prohibé par la loi est uniquement une seconde émancipation expresse.

2036. Autre danger de l'émancipation non prévu par la loi. — La révocation de l'émancipation n'est permise que dans le cas où le mineur a fait des dépenses exagérées. Mais ce n'est pas la seule manière pour lui d'abuser de la liberté qu'on lui a conférée. L'émancipation ne lui donne pas seulement l'administration de ses biens, elle lui donne aussi la *libre direction de sa vie.* La loi aurait donc dû permettre aux parents de révoquer également l'émancipation pour *inconduite* du mineur. Elle ne l'a pas fait. M. Demolombe a soutenu que cette cause de révocation était sous-entendue dans l'art. 484, parce que le désordre de la fortune n'est ordinairement que l'indice et le symptôme de la mauvaise conduite (t. VIII, nº 357). Il avait obtenu l'adhésion de quelques jurisconsultes, mais la jurisprudence ne l'a pas suivi (Trib. de Toulouse, 15 nov. 1882, Dalloz, *Suppl.*, t. X, p. 778, note 1, S. 83. 2. 96. Comp. Huc, t. III, nº 497). Il y a là certainement une lacune dans le système de la loi.

V. — Les aliénés.

2037. Bibliographie. — Théoph. Roussel, sénateur de la Lozère, *Rapport sur le projet de revision de la loi du* 30 *juin* 1838 *sur les aliénés* (20 mai 1884), *impressions du Sénat*, 1884, t. III et IV, in-4º. — J. de Crisenoy, *Mémoire sur la loi concernant les aliénés*, adressé à la commission chargée du projet, Paris, 1882. — Georges Lagrésille, *La séquestration des aliénés dans la législation actuelle et la législation future*, Paris, 1883. — Legrand du Saule, *La folie devant les tribunaux*, Paris, 1864. — Sacaze, *La folie dans ses rapports avec la capacité civile* (trois articles publiés en 1850 et 1851 dans la *Revue Volowski*). — Tanon, *Étude critique de la loi de* 1838 *sur les aliénés*, 1868. — Garsonnet, *La loi sur les aliénés, nécessité d'une réforme*, Paris, Thorin, 1869. — Huc, *Des aliénés et de leur capacité civile*, 1869 et 1883. — Gambetta et Magnin, *Proposition de loi*, 11 mars 1870. — J. Reinach, Proposition de loi, 16 décembre 1890, *Impressions de la Chambre des députés*, cinquième législature. Annexe, nº 1059. — G. Lebret, Analyse du Rapport de M. Dubief, *Revue critique*, décembre 1904, t. 33, p. 610. — *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1904, passim. — Émile Masson, *La liberté individuelle et les aliénés*, thèse, Paris, novembre 1902. — Em. Ledoux, *De la démence de fait et de ses conséquences juridiques*, thèse, Poitiers, 1908. — Autres thèses : Faidides, Paris, 1898 ; de Cagny, Paris, 1898. — Autres renseignements bibliographiques dans Dramard, p. 72-73. Voyez aussi les bibliographies données

par MM. Masson, Faidides et de Cagny, thèses précitées. — Sur les législations étrangères concernant les aliénés, voir le *Rapport* de M. Roussel, t. III, p. 361-362.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INTERDICTION

****2038. Définition.** — L'interdiction est un *jugement* par lequel *un tribunal civil*, après avoir constaté l'état d'aliénation mentale d'une personne, lui *enlève l'administration de ses biens*. Ce jugement entraîne comme conséquence la *mise en tutelle* de l'interdit.

En droit romain, l'interdiction ne s'employait pas pour les fous : leur incapacité reposait sur un fait et non sur un décret du magistrat. L'interdiction ne fonctionnait que pour les prodigues. C'est dans notre ancien droit, à une époque inconnue, que l'on s'est mis à interdire aussi les fous. — L'interdiction est une mesure de protection *juridique* pour les aliénés : d'une part, ils n'ont plus l'intelligence nécessaire pour donner une valeur légale à leurs actes ; d'autre part, ils peuvent avoir affaire à des gens sans scrupules qui les exploiteraient et les dépouilleraient. Il existe aussi pour eux une protection d'un autre ordre, c'est leur *internement* (ci-dessous, n° 2062).

§ 1. — *Causes d'interdiction.*

***2039. Causes énumérées par la loi.** — L'art. 489 nomme l'*imbécillité*, la *démence* et la *fureur*. D'après les paroles du tribun Tarrible, au Corps législatif, les auteurs de la loi ont entendu désigner par « imbécillité » la faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées ; par « démence » l'aliénation qui ôte l'usage de la raison, et par « fureur » une démence portée au plus haut degré, qui pousse le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres. — La distinction entre la démence ordinaire et la fureur n'est utile que pour déterminer les personnes qui ont le droit de provoquer l'interdiction. En réalité *la loi n'indique que deux causes* : l'imbécillité et la démence.

L'imbécillité peut être congénitale ou provenir d'une maladie ou de la vieillesse ; la démence est le dérangement des idées ; l'une et l'autre ont des degrés et des noms divers mais peu importent les qualifications employées en pathologie ; la classification des maladies mentales, qui est encore mal fixée, *est indifférente au point de vue du droit*. Ce que le tribunal doit uniquement considérer, c'est l'*aptitude physique de la personne à administrer elle-même ses propres affaires*. S'il estime que la raison est altérée au point de ne pas lui permettre de comprendre la portée des actes qu'elle fait, il doit prononcer l'interdiction.

***2040. Causes non prévues dans les textes.** — On demande parfois s'il existe d'autres causes d'interdiction. La question se pose pour la *vieillesse*, pour la *surdité* et pour l'*ivresse habituelle*.

Vieillesse. — Un vieillard peut-il être interdit? La question est résolue d'avance par la façon dont les textes viennent d'être expliqués. La vieillesse n'est pas par elle-même

une cause d'interdiction. Elle ne peut le devenir qu'autant qu'elle aurait pour conséquence la suppression ou l'altération de l'intelligence (1).

Surdité. — Cette infirmité était jadis une cause d'ignorance absolue, mais avec les méthodes actuelles d'enseignement, les sourds-muets, qui sont souvent doués d'une intelligence naturelle très vive, peuvent acquérir toutes les connaissances qu'ils veulent. Il n'y a donc pas lieu de prononcer une interdiction pour cette cause. A plus forte raison s'il s'agissait d'une *paralysie accidentelle de la langue*, quand même elle supprimerait complètement l'usage de la parole (Caen, 1er mai 1879, D. 80. 2. 247, S. 79. 2. 336). Il ne peut être question d'interdiction que si la surdité, suivie d'un défaut complet d'éducation, a entraîné l'atrophie de l'intelligence (Besançon, 7 fév. 1911, P. et S. 1911. 2. 216). Il y a là une question de fait, mais la cause de l'interdiction réside alors dans l'état intellectuel de l'individu, dont la surdité n'est que la cause lointaine.

Ivresse habituelle. — On peut en dire la même chose que de la surdité. Ce n'est pas une cause suffisante d'interdiction (Rouen, 18 janv. 1865, D. 65. 2. 226, S. 65. 2. 350). L'interdiction ne deviendrait possible que s'il en était résulté une altération des facultés intellectuelles et on rentrerait alors dans les cas prévus par la loi.

Ainsi, *aucune infirmité corporelle* n'est une cause d'interdiction. Il y a pour ces cas-là un remède bien plus simple : que le malade donne, *par-devant notaire, une procuration générale à un tiers*. Voyez aussi ci-dessous, nº 2111.

***2041. Double condition exigée pour l'interdiction.** — 1º Il faut que le défaut de développement ou l'altération des facultés intellectuelles soit *très grave* ; si l'imbécillité n'est que de la faiblesse d'esprit, si la folie n'est que de la manie, il n'y a pas lieu de prononcer l'interdiction. Ceci résulte implicitement de l'art. 499, qui permet aux juges de se contenter de donner alors un conseil judiciaire à la personne dont l'interdiction était demandée (voyez nº 2110).

2º Il faut en second lieu que l'état de folie, lorsqu'il est sujet à des rémittences, soit du moins l'état *habituel* de la personne (art. 489). Il n'y a donc pas lieu de prononcer l'interdiction si la personne ne souffre que d'une façon passagère de la perte de sa raison.

Mais il n'est pas nécessaire que l'état de démence soit *continuel*. Par conséquent, l'interdiction est possible même pour un aliéné qui a des *intervalles lucides* ; bien mieux, on verra que l'interdiction est surtout utile à cet aliéné en supprimant les difficultés qui naîtraient de l'état intermittent de sa capacité (ci-dessous, nº 2084).

Les juges du fait apprécient souverainement l'état de la personne dont l'interdiction est demandée, et leur décision sur ce point, qui est de pur fait, n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation (Cass., 17 janv. 1876, D. 76. 1. 151, S. 76. 1. 302).

2042. Interdiction des mineurs. — La loi ne parle de l'interdiction que pour les majeurs : « Le *majeur* qui est dans un état habituel... », dit l'art. 489. Ceci tient à ce que les mineurs sont déjà frappés d'une incapacité générale analogue à celle qui résulte de l'interdiction, et que, dès lors, il a pu paraître inutile de les interdire.

(1) Il y avait autrefois en Bretagne une institution particulière, la *démission de biens*, qui évitait aux enfants la nécessité de demander l'interdiction de leurs parents parvenus à un âge trop avancé pour gérer utilement leurs biens. Nos *partages d'ascendants*, lorsqu'ils sont accompagnés d'une donation immédiate de tous les biens au profit des enfants, pourraient rendre des services du même genre, s'ils n'étaient entourés de tant de causes de nullité qu'ils sont presque impraticables.

Cependant il existe un intérêt pratique à provoquer l'interdiction d'un dément avant son arrivée à majorité. Cet intérêt consiste à empêcher qu'il n'y ait, après la fin de la minorité et avant le jugement d'interdiction, un *intervalle de capacité*, pendant lequel l'aliéné pourrait ratifier des actes faits par lui en temps de minorité ou consentir des actes nouveaux. On échappe à ce danger en demandant l'interdiction d'avance de telle sorte que l'aliéné, mineur et interdit, ne fera que tomber d'une incapacité dans une autre sans discontinuité. L'opinion des auteurs est presque unanime sur ce point et la jurisprudence est conforme (Bourges, 22 déc. 1862, D. 63. 5. 218).

§ 2. — *Des demandes en interdiction.*

A. — Qui peut agir.

***2043. Énumération.** — Le droit de provoquer l'interdiction n'appartient, en principe, qu'à des membres de la famille ; toutefois on l'accorde aussi au ministère public. Les personnes auxquelles ce droit est donné sont :

1° Le *conjoint de l'aliéné* (art. 490). Si c'est le mari qui est aliéné, sa femme ne peut demander son interdiction qu'à la condition de s'y faire autoriser par justice. — Le conjoint conserve son droit, même après la séparation de corps, car il conserve sa qualité d'époux, et c'est en cette qualité que la loi lui permet d'agir en interdiction ;

2° Les *parents de l'aliéné* (art. 490). La loi ne fait aucune distinction entre eux. On doit donc leur reconnaître le droit d'agir à tous *indistinctement*, aux plus éloignés comme aux plus proches, sans dépasser toutefois le 12e degré, au delà duquel la parenté ne produit plus d'effets juridiques.

Aucune hiérarchie n'est établie entre les parents. Tous sont donc *concurremment* recevables en leur demande, sans qu'on puisse opposer à celui qui poursuit l'interdiction, qu'il y a des parents plus proches que lui en degré et qui s'abstiennent.

Les *enfants* peuvent demander l'interdiction de leur père et de leur mère. De leur part, cette action n'est pas contraire à l'obligation que l'art. 371 impose à chacun de garder à tout âge honneur et respect à ses père et mère, à la condition, bien entendu, qu'elle soit fondée sur des motifs sérieux et inspirée par l'utilité même du malade, et non par un désir de vengeance ou de vexation.

2044. Exclusion des alliés. — La loi ne dit rien des *alliés*. Ils n'ont donc pas le droit de demander l'interdiction, même ceux du degré le plus proche, le gendre ou la bru, le beau-père ou la belle-mère, le beau-frère ou la belle-sœur. Il est impossible de leur accorder une pareille action sans texte. On dit, pour justifier le système de la loi, que le droit de demander l'interdiction est surtout fondé sur la *qualité d'héritier présomptif* : ce serait pour protéger les « espérances » du demandeur que la loi lui permettrait d'agir, de façon à empêcher que les actes d'un fou ne ruinent d'avance une succession qui doit lui revenir un jour. Or l'alliance ne confère pas le droit de succéder ; on comprend donc que la loi n'ait pas nommé les alliés à côté des parents dans l'art. 490. Ce serait à merveille si l'*intérêt personnel du demandeur* était l'unique motif de son action. Mais la protection due à un insensé, l'affection qu'on lui porte, y sont bien aussi pour quelque chose. Pourquoi accorder à un arrière-petit-cousin du 12e degré, qui n'a aucun espoir de succéder, primé qu'il est par vingt ou trente parents plus proches, un droit qu'on refuse au beau-père, au beau-frère? Il n'y en a pas de bonne raison.

***2045. Action du ministère public.** — En dehors de la famille, le droit de demander l'interdiction n'appartient plus qu'au *ministère public* (art. 491) (1). En principe, le minis-

(1) On demande quelquefois si l'aliéné lui-même pourrait solliciter sa propre interdiction dans un intervalle lucide. Évidemment non. Les art. 490 et 491 sont limitatifs. Du reste il est peu probable qu'il se présente jamais, suivant le mot de Laurent, un fou assez sage pour faire une pareille démarche.

tère public ne peut agir que lorsque l'aliéné n'a ni parents connus, ni conjoint. Cependant si l'aliéné est en état de *fureur* (aliéné *dangereux*), le ministère public peut agir, quand même il aurait des parents ou un conjoint, si ceux-ci ne provoquent pas son interdiction. La loi lui en fait même en ce cas une obligation : l'interdiction « doit » être demandée par le procureur du roi, dit l'art. 491, tandis qu'au cas de démence ou d'imbécillité (aliénés *inoffensifs*), c'est pour lui une simple faculté : « il peut aussi la provoquer... » (même article).

Actuellement cette distinction est inutile ; l'obligation imposée au ministère public de faire interdire les fous furieux n'a plus de raison d'être. L'interdiction est une protection purement juridique, qui ne répond nullement aux besoins de la situation ; ce qu'il faut en pareil cas, c'est enfermer le fou ; or *interdire* n'est pas *interner* (1).

B. — Formes de la demande.

2046. Tribunal compétent. — Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur (art. 59 C. proc. civ.). La loi n'a établi aucune dérogation à ce principe ; l'art. 492 se borne à attribuer compétence aux tribunaux civils, d'une manière vague.

2047. Qui est défendeur. — L'action doit être dirigée contre la personne dont l'interdiction est demandée, sauf l'intervention de ceux qui doivent l'assister, son père ou son tuteur, si elle est encore mineure ; son mari, si c'est une femme mariée. L'individu à interdire doit être personnellement mis en cause, quelle que soit sa situation, même quand il est déjà placé dans un établissement d'aliénés (Paris, 13 avril 1875, D. 75. 2. 233).

1° Première phase de la procédure.

***2048. Son caractère.** — La procédure de l'interdiction se divise en deux phases (Bertin, *La chambre du conseil*, nos 639 et 667). Dans toute sa première partie, *la procédure n'est pas publique* ; tout se passe *en la chambre du conseil*.

2049. Introduction de la demande. — On ne lance pas d'assignation. La procédure débute par une forme spéciale : une *requête* adressée au président du tribunal, dans laquelle les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur doivent être *articulés*, c'est-à-dire indiqués article par article ; on y joint les pièces à l'appui (lettres de l'aliéné, procès-verbaux de police, etc.) et la liste des témoins qu'on propose (art. 493 C. civ., art. 390 C. proc. civ.). Cette requête est communiquée au ministère public, et un juge est commis pour faire un rapport (art. 891 C. proc. civ.).

2050. Avis du conseil de famille. — Le tribunal ordonne que le conseil de famille sera consulté « sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée » (art. 494 C. civ. et 892 C. proc. civ.). On ne lui demande pas d'émettre un avis favorable ou défavorable à l'interdiction : le tribunal seul est juge de l'opportunité de cette mesure ; on le consulte seulement *sur l'état mental* du prétendu aliéné, parce que les parents sont mieux placés que tous autres pour l'apprécier, étant au courant des faits et gestes de la personne (2). — Le tribunal est obligé de consulter le conseil de famille s'il veut prononcer l'interdiction, mais s'il juge que les faits allégués ne sont pas suffisants, ou si la demande est formée par quelqu'un qui n'a pas qualité, il n'est pas nécessaire de convoquer le conseil ; le tribunal peut rejeter immédiatement la demande, sans plus de formalités.

2051. Règles particulières pour la composition du conseil. — Ce conseil de famille est formé et convoqué d'après les règles ordinaires. L'art. 494 renvoie à cet égard aux règles du titre « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ». Toutefois l'art. 495 nous fait connaître deux particularités relatives à sa composition :

(1) Cette inconséquence n'existait pas dans le système primitif de nos lois, où il fallait préalablement faire interdire ceux qu'on voulait séquestrer ; c'est l'effet de la loi de 1838 qui a autorisé l'internement des aliénés non interdits.

(2) Sur une difficulté particulière au cas où l'aliéné est enfant naturel et a le tribunal lui-même pour conseil de famille, voyez Bordeaux, 25 juill. 1910, D. 1915. 2. 57.

1° Le *conjoint de l'aliéné* est appelé, tandis que dans le conseil de famille des mineurs on n'appelle que les parents et les alliés (Paris, 15 juin 1857, D. 58. 2. 91) (1).

2° Le *demandeur en interdiction* ne peut pas faire partie de ce conseil ; on craint sa partialité, quelque proche qu'il soit (2). Cependant, si ce demandeur est le conjoint ou un enfant, il pourra être appelé, mais *sans avoir voix délibérative*, c'est-à-dire sans prendre part au vote ; il sera donc simplement entendu par le conseil, et assistera à la séance pour faire connaître les faits sur lesquels il se fonde. — Cette exclusion du demandeur est du reste une mesure exceptionnelle qui ne s'applique qu'une fois pendant l'instance en interdiction. Il ne sera pas exclu des assemblées de la famille, convoquées après le jugement, pour organiser la tutelle de l'aliéné interdit ou pour prendre des délibérations au cours de cette tutelle.

2052. Interrogatoire du défendeur. — On doit commencer par signifier au défendeur la requête qui a ouvert l'instance, ainsi que l'avis émis par le conseil de famille. Ensuite le tribunal doit procéder à son *interrogatoire* (art. 496). C'est là une *formalité essentielle* à laquelle la loi attache une grande importance, car c'est par ce moyen que les juges pourront se faire une opinion personnelle sur l'état mental du défendeur. Il doit donc toujours avoir lieu, *à peine de nullité* (3).

C'est le tribunal lui-même et tout entier qui procède à cet interrogatoire, et non le président, ni un juge commis. Cependant, si le défendeur était hors d'état de comparaître, un juge-commissaire pourrait aller l'interroger à domicile (art. 496). Dans tous les cas le procureur de la République doit être présent. L'interrogatoire n'a pas lieu à l'audience, car la présence du public est inutile et pourrait impressionner le malade ; il se fait avec moins d'apparat, dans la chambre du conseil. Si le premier interrogatoire ne suffit pas à l'éclairer, le tribunal peut en ordonner un ou plusieurs autres.

Le tribunal doit uniquement s'assurer si le défendeur est *sain d'esprit*, c'est-à-dire s'il comprend les choses ordinaires de la vie ; il ne s'agit pas de savoir s'il peut saisir les idées les plus élevées. Peu importe que son intelligence soit bornée ; il suffit qu'elle ne soit pas troublée. C'est le président du tribunal qui choisit les questions à poser au défendeur.

2° Deuxième phase de la procédure.

2053. Son caractère public. — A partir de ce moment la procédure redevient publique : ce n'est plus dans la *chambre du conseil*, c'est *à l'audience* qu'elle se déroule. Le demandeur en interdiction doit donc *assigner* le défendeur et l'affaire suit dès lors la marche habituelle. Le Code ne s'explique pas clairement à cet égard, car l'art. 498 ne prescrit la publicité que pour le jugement final ; il est étonnant que le Code de procédure n'ait rien dit de plus que lui. En réalité, la publicité commence bien avant la fin de l'instance ; on voit tous les jours plaider en audience publique sur les enquêtes dans les affaires d'interdiction. L'obscurité de la loi tient sans doute, comme le remarque M. Valette, aux souvenirs de l'ancienne procédure de l'interdiction qui était secrète jusqu'au bout. Ce n'est qu'en 1769 que des lettres patentes du 25 novembre ont ordonné la publicité du jugement définitif.

2054. Enquête. — L'enquête est un autre moyen d'investigation, mais *facultatif*. Si le

(1) On peut noter en outre que les enfants font partie du conseil de famille d'un aliéné en leur qualité de parents, tandis qu'ils manquent naturellement dans le conseil de famille des mineurs.

(2) Une irrégularité commise dans la composition du conseil de famille n'entraîne pas nécessairement la nullité de la procédure en interdiction (Cass., 7 févr. 1893, D. 93. 1. 152).

(3) Il arrive fréquemment que le défendeur à la demande en interdiction refuse de se laisser interroger. Son refus n'empêche pas l'interdiction d'être prononcée, mais donne lieu à diverses difficultés. Voyez les arrêts suivants : Cass., 16 févr. 1875, D. 76. 1. 49, S. 75. 1. 193 ; Cass., 29 avril 1885, D. 85. 1. 375 ; Cass., 4 avril 1887, D. 88. 1. 292, qui statuent sur trois questions différentes nées de ces difficultés opposées par le défendeur. La Cour de cassation veut qu'il soit bien constaté par le jugement que les moyens réguliers ont été employés pour tâcher d'interroger le défendeur et qu'ils n'ont échoué que par suite de son refus ; mais cela suffit, et malgré le mauvais vouloir de l'aliéné, son interdiction peut néanmoins être prononcée sans qu'il ait été procédé à son interrogatoire.

tribunal ne se juge pas assez édifié par l'interrogatoire, il peut, s'il y a lieu, ordonner l'*enquête*, c'est-à-dire autoriser le demandeur à faire citer ses témoins.

L'enquête se fait dans les formes ordinaires, devant un juge-commissaire. Elle peut avoir lieu hors de la présence du défendeur, mais dans ce cas son conseil pourra le représenter (art. 893, al. 2 et 3, C. proc. civ.).

Le tribunal a, du reste, le droit d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il croit nécessaires. Ainsi il peut faire *examiner le défendeur par un médecin* chargé de faire un rapport sur son état mental.

***2055. Jugement.** — Le jugement doit être prononcé *en audience publique*, les parties entendues ou appelées (art. 498).

***2056. Solutions possibles.** — Le tribunal a à choisir entre trois solutions :

1° *Rejeter la demande*, si l'état mental du défendeur lui semble bon.

2° *Prononcer l'interdiction*, si l'imbécillité ou la démence lui semble démontrée.

3° Se contenter de nommer au défendeur un *conseil* dit « conseil judiciaire » (art. 499). C'est une espèce de moyen terme entre les deux premières solutions : on assure une certaine protection au défendeur, sans prononcer une interdiction. Quand le tribunal prend ce parti, la demande en interdiction n'en est pas moins *rejetée*. Cette nomination d'un conseil judiciaire est justifiée lorsque le défendeur est atteint d'une simple *faiblesse d'esprit*, qui sans lui ôter l'intelligence de ses actes le laisse trop à la merci des influences étrangères. On peut dire qu'elle suppose l'*affaiblissement de la volonté* plutôt que celui de la raison. Les effets de cette décision sont beaucoup moins graves que ceux de l'interdiction. Pour les détails, voyez ci-dessous, nos 2123 et suiv.

2057. Appel. — Le jugement, quel qu'il soit, est toujours *susceptible d'appel*.

L'appel était jadis jugé *en audience solennelle* (Cass., 17 janv. 1876, D. 76. 1. 151, S. 76. 1. 302) ; il se juge aujourd'hui à l'audience ordinaire (Décr. 26 novembre 1899 ; ci-dessus, n° 439, note). En appel comme en première instance, le ministère public doit toujours être entendu, mais pour la Cour l'interrogatoire du défendeur n'est que facultatif (art. 500).

C. — Publicité.

***2058. Sa nécessité.** — L'interdiction entraîne l'*incapacité* de la personne interdite. Le public a donc le plus grand intérêt à être prévenu dès qu'un jugement ou un arrêt prononce une interdiction, car quiconque traitera avec l'interdit risque de voir ensuite annuler la convention faite, malgré toute la bonne foi des parties.

2059. Ses formes primitives. — Le Code civil s'était contenté d'ordonner un double système d'affiches. D'après l'art. 501, le jugement d'interdiction doit être affiché : 1° dans des tableaux spéciaux, placés dans l'auditoire du tribunal ; 2° dans les études des notaires de l'arrondissement. Cette dernière mesure a été ordonnée parce que c'est dans les études de notaires que se traitent la plupart des affaires importantes, et de fait, elle procure une publicité assez sérieuse aux interdictions, à la condition toutefois que l'interdit ne sorte pas de son arrondissement. L'inscription doit être faite dans les dix jours à la diligence des demandeurs.

2060. Publicité supplémentaire. — A ces formalités anciennes, qui continuent à être remplies, la loi du 16 mars 1893 en a ajouté une autre : mention de l'interdiction doit être faite *sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal civil du lieu de naissance de l'interdit* (art. 501, al 2). Ce registre est public, comme les registres de l'état civil, et toute personne peut s'en faire délivrer une copie ; c'est une première tentative pour établir en France un *casier civil* (ci-dessus, nos 457 et 458).

***2061. Sanction.** — Quelles sanctions la loi a-t-elle établies pour assurer l'observation des mesures de publicité qu'elle prescrit? On aurait pu décider que l'interdiction non rendue publique ne serait pas *opposable aux tiers*, qui n'en ont pas été prévenus, et que par suite elle ne produirait pas ses effets contre eux, à savoir l'*incapacité de l'interdit* et la *nullité de ses actes*. On n'a pas osé recourir à cette sanction extrême : la protection due à un insensé a paru une nécessité supérieure à toute autre considération.

Par suite, *la seule sanction de la loi consiste dans la responsabilité pécuniaire de diverses personnes.* Sont responsables :

1° Le *demandeur en interdiction* qui n'a pas fait apposer les affiches ordonnées par le Code, car c'est à lui que le Code impose en premier lieu, et en termes impératifs, le soin de faire publier l'interdiction : « le jugement sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié et inscrit... » — Faute par eux d'y avoir pourvu, ils pourraient être condamnés à réparer le dommage causé aux tiers par l'annulation des actes de l'interdit.

2° Le *notaire* qui aurait omis de procéder à l'affichage dans son étude, après en avoir été requis (L. 25 ventôse an XI, art. 18).

3° L'*avoué* et le *greffier*, chargés par la loi de 1893 d'assurer l'inscription des interdictions sur les registres spéciaux établis par cette loi. Ils encourent une *amende* de 50 francs, sans préjudice de tous les dommages-intérêts envers les tiers.

CHAPITRE II

DE L'INTERNEMENT DES ALIÉNÉS

§ 1. — *Historique.*

2062. Ancien traitement des fous. — L'internement des fous remonte loin. Au moyen âge les fous furieux étaient enfermés dans des cachots ou dans des couvents. Ils étaient presque partout enchaînés et soumis aux traitements les plus cruels. Ce fut seulement Pinel, qui, nommé médecin à Bicêtre en 1792, leur appliqua un traitement plus doux et convenant mieux à des malades. Quant aux fous tranquilles, on les laissa pendant longtemps errer en liberté, abandonnés à la risée et aux injures. Plus tard on les reçut dans les hôpitaux et dans les monastères.

2063. Législation moderne. — Les lois de la Révolution et de l'Empire ne s'occupèrent pas de l'internement des aliénés. Le Code civil lui-même n'en a pas dit un mot. On voit seulement dans la loi des 16-24 août 1790 que les municipalités étaient chargées « d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté » (titre XI, art. 3-6°). Voyez aussi art. 475-7° et 479-2° C. pén. Mais on n'avait pas réglé, d'une façon expresse, les conditions et les effets de l'internement. Dans la pensée des rédacteurs du Code, la séquestration du fou était subordonnée à la constatation judiciaire de son état mental par la procédure et le jugement d'interdiction : voyez l'art. 510, et surtout l'art. 491 qui impose au ministère public l'obligation de poursuivre l'interdiction des furieux, ce qui ne peut avoir d'autre but que de les tenir enfermés. La séquestration d'un aliéné non interdit était illégale.

2064. Irrégularité de la pratique jusqu'en 1838. — En fait on ne se conformait pas à la loi. Beaucoup de familles s'abstenaient de faire prononcer l'interdiction de leurs membres atteints d'aliénation mentale, soit dans la crainte de révéler au public, par une instance en justice, une maladie qui souvent est héréditaire ; soit par un sentiment d'affection et de respect, car les formalités à remplir, et notamment l'interrogatoire de l'aliéné par le tribunal, avaient souvent pour résultat d'aggraver la maladie qu'un traitement convenable et immédiat aurait pu enrayer. Les établissements publics et privés se montraient extrêmement faciles pour l'admission des aliénés : à Paris, sur 613 aliénés soignés à Bicêtre en 1837, 19 seulement étaient interdits. Malgré les dangers de séquestrations arbitraires, le ministère public fermait les yeux. Çà et là, des règlements locaux avaient été faits par l'autorité municipale ; les principaux étaient ceux de Paris (Arrêté du préfet de police de 1803 ; Ordonnance de police du 9 août 1828).

***2065. Loi de 1838.** — En 1836, le ministre de la justice se préoccupa de mettre fin

à l'incertitude qui régnait sur ces matières en régularisant et en réglementant l'internement des aliénés non interdits. Son projet, déposé le 6 janvier 1837, aboutit après dix-huit mois d'études à la loi du 30 juin 1838, qui est encore en vigueur. Cette loi importante, aujourd'hui très critiquée, a été, comme le dit M. Roussel, « conçue dans les vues les plus humaines, préparée avec des soins exceptionnels par des esprits très éclairés, admirée et prise pour modèle à l'étranger » (*Rapport*, t. I, p. 1-2). Quand on la juge si sévèrement aujourd'hui, on ne devrait pas oublier qu'elle était la première tentative faite en ce genre.

2066. Projets de réforme. — Accueillie d'abord comme un bienfait et louée sans réserve pendant une vingtaine d'années, la loi de 1838 a tout à coup soulevé des plaintes très vives vers 1860. L'opinion publique de cette époque, rendue impressionnable par un régime trop autoritaire, s'alarma à la suite d'une bruyante campagne de presse, menée contre certains placements que l'on présentait comme des séquestrations non motivées. Sur les réclamations qui s'élevèrent alors, voyez Roussel, *Rapport*, t. II, p. 204-213 ; spécialement sur l'affaire Sandon, J. Reinach, *Proposition de loi*, p. 16. Une enquête administrative fut ouverte en 1869 (*ibid.*, p. 214 et suiv.) ; un projet, préparé dès 1866, ne put aboutir à cause des événements de 1870. Un autre projet, étudié par la Société de législation comparée, fut déposé à l'Assemblée nationale en 1872 par MM. Roussel, Jozon et Alb. Desjardins ; la séparation de cette assemblée le rendit caduc.

La Chambre des députés est depuis longtemps saisie d'un nouveau projet, qui a déjà été discuté et voté par le Sénat et qui attend toujours son achèvement. Ce projet est l'œuvre d'une grande commission extra-parlementaire, nommée en 1881. Il a été déposé au Sénat, le 25 mars 1882, et c'est lui qui a fait l'objet du volumineux *Rapport* de M. Th. Roussel, signalé au n° 2037, véritable encyclopédie sur la matière. Tous les travaux législatifs antérieurs y sont résumés (voyez la table donnée par M. Roussel, t. II, p. 345 à 355). Pour les travaux postérieurs à 1884, voyez Faidides, thèse précitée, p. 239 à 246, et Masson, p. 181-238. Enfin la Société d'études législatives a mis la question des aliénés à son ordre du jour en 1903.

§ 2. — *État actuel du droit.*

***2067. Des établissements d'aliénés.** — Ces établissements s'appellent plus souvent en fait *asiles* ou *maisons de santé* ; cette dernière expression se trouve déjà dans l'art. 510. La loi en reconnaît de deux sortes, les établissements *publics*, placés sous la *direction* de l'autorité, et les établissements *privés*, dirigés par des particuliers, mais placés sous la *surveillance* de l'autorité.

Chaque département est tenu d'avoir un établissement public destiné à recevoir les aliénés ou de traiter soit avec un établissement privé existant dans ce département, soit avec un établissement public ou privé situé dans un département voisin. Aucun établissement privé ne peut être ouvert sans l'autorisation du gouvernement. Le postulant doit être docteur en médecine, ou assuré du concours d'un médecin. Il doit déposer un cautionnement et le règlement intérieur de l'établissement doit être communiqué à l'administration. Voyez le règlement du 20 mars 1857, publié en partie dans Dalloz, *Suppl.*, t. I, p. 364 et suiv.

***2068. Du placement des aliénés dans les asiles.** — La loi de 1838 appelle « placement » la mise d'un aliéné dans un établissement public ou privé. On distingue à cet égard les *aliénés inoffensifs* et les *aliénés dangereux*. Pour les premiers le placement ne peut être que *volontaire*, non pas évidemment de la part de l'aliéné, mais de la part de ses parents ou amis, qui ne sont pas obligés de le faire enfermer et qui peuvent le garder pour le soigner à domicile. Pour les aliénés dangereux, le placement peut être *forcé*, c'est-à-dire ordonné d'office, par le préfet de police à Paris et dans les départements par les préfets.

Dans les cas urgents les commissaires de police à Paris, les maires dans les autres communes, peuvent prendre des mesures provisoires, à la charge d'en référer au préfet dans les 24 heures. La loi de 1838 ne considère comme dangereux que les aliénés qui compromettent l'ordre public ou la sécurité des personnes. Le projet actuel y ajoute ceux qui compromettent leur propre sécurité.

2069. Vérification de l'état mental de l'interné. — L'internement ne doit jamais avoir lieu que quand il est justifié. On ne place pas dans les maisons de fous ceux dont les facultés sont seulement affaiblies. L'admission n'a lieu, en principe, que sur le vu d'un certificat de médecin constatant les particularités de la maladie et la nécessité de faire traiter cette personne dans un établissement d'aliénés et de l'y tenir renfermée.

***2070. Curatelle de l'interné.** — Cette surveillance *administrative* n'a pas suffi à rassurer le législateur. Il veut en outre que le tribunal nomme un *curateur à la personne* de l'aliéné. Ce curateur est chargé : 1° de veiller à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ; 2° de réclamer sa sortie aussitôt que sa situation le permettra. Toutefois la nomination de ce curateur n'est pas faite d'office par le tribunal, lequel n'est pas consulté, dans le système de la loi de 1838, sur le placement de l'aliéné ; il faut que la nomination en soit *demandée par le conjoint, par un parent ou un ami, ou par le ministère public* (art. 27). Ce curateur ne peut pas être pris parmi les héritiers présomptifs de l'aliéné.

2071. Insuffisance de garantie contre les séquestrations arbitraires. — Là est le point faible de la loi de 1838. Malgré son luxe de précautions, d'autorisations, de rapports et de visites administratives, en fait rien n'est plus facile que de faire enfermer dans une maison de fous une personne qui ne l'est pas du tout. Un certificat d'un médecin complaisant ou inhabile, et voilà une personne enfermée, peut-être pour la vie, sans jugement et sans contrôle. Toutes les garanties de la loi sont plus apparentes que réelles. Aussi tous les projets de réforme organisent-ils des mesures plus nombreuses et plus efficaces. — Sur la situation singulière faite aux aliénés évadés de l'établissement, voyez Bordeaux, 11 déc. 1901, D. 1905. 2. 142.

2072. Statistique. — Les aliénés internés, qui étaient au nombre de 15 280 seulement en 1842, et de 34 919 en 1864, étaient 67 163 en 1894. Il y a eu une légère diminution : 64522 au 31 décembre 1896. Cet accroissement est un fait général. En Angleterre, de 1859 à 1883 le nombre des aliénés internés est passé de 36 762 à 70 060. La proportion est encore plus forte qu'en France.

Le nombre des aliénés soignés à domicile est difficile à évaluer ; les renseignements donnés par les recensements sont peu exacts. De 1866 à 1872, le chiffre obtenu dépassait 50 000 ; il est tombé à 39 887 en 1876.

2073. Des aliénés traités à domicile. — La loi de 1838 ne s'en est pas occupée. Il y aurait lieu d'organiser pour eux une certaine surveillance ; ils ne peuvent être victimes de *séquestration arbitraire*, auquel cas les art. 114 à 122 et 341 à 344 C. pén. deviennent applicables (voyez la retentissante affaire de Blanche Monnier, dite *la séquestrée de Poitiers*, Poitiers, 20 nov. 1901, P. 1903. 2. 33). On s'occupera en outre de la situation des *aliénés criminels*, c'est-à-dire de ceux dont la folie s'est révélée par un crime ou un délit, et qui ont été acquittés par la justice à raison de leur irresponsabilité.

CHAPITRE III

INCAPACITÉ PERSONNELLE DE L'ALIÉNÉ (1)

§ 1. — *Aliéné non interdit ni interné.*

***2074. Nullité radicale de ses actes.** — La personne atteinte d'aliénation mentale ne comprend pas la portée de ce qu'elle fait. Par suite,

(1) Cette incapacité n'est étudiée ici que pour les actes juridiques. Sur la responsabilité de l'aliéné à raison de fautes ou d'actes délictueux, voyez le tome II, *Tables*, v° Aliéné.

tous les actes juridiques passés par elle sont *inexistants*, parce qu'il leur manque l'élément essentiel, celui qui leur donne la vie, à savoir *la volonté d'un être intelligent*. On devrait conclure de là que la nullité de l'acte pourra être *constatée en tout temps et sans aucune restriction*. Mais on rencontre un *double obstacle*, l'un de fait, l'autre de droit, qui rend la plupart du temps impossible l'action en nullité.

***2075. Obstacle de fait provenant des intervalles lucides.** — La démence n'est pas toujours continue et complète ; beaucoup d'aliénés sont dans un état de folie intermittente, coupée par des *intervalles lucides*. Pendant ces intervalles, l'intelligence et la raison étant revenues, le malade peut faire des actes juridiques valables. Or il est possible que les actes de l'aliéné ne donnent lieu à contestation que longtemps après qu'ils ont été faits. Comment prouver, au bout de plusieurs années, que tel jour, à telle heure, au moment précis où l'acte a été signé, son auteur ne possédait pas toute sa lucidité? La preuve de cette circonstance est à la charge du demandeur en nullité, que ce soit le malade ou son représentant. Si l'acte est d'apparence raisonnable, s'il n'est pas manifestement l'œuvre d'un fou, la preuve à fournir devient en fait à peu près impossible. Conséquence : la folie n'étant pas établie, l'acte sera maintenu par le tribunal. L'action n'a donc de chances de réussir que si la durée de la folie n'a jamais été traversée par un seul éclair de raison.

***2076. Obstacle résultant de la loi.** — L'autre cause qui fait échec aux actions en nullité est un obstacle de droit : la loi défend d'agir en nullité pour cause de folie après la mort de l'auteur de l'acte, et cette prohibition est une mesure de prudence. Les héritiers d'une personne dont la tête n'était pas bien solide ont une tendance naturelle à critiquer ses actes sous prétexte qu'elle n'était pas saine d'esprit. Pour étouffer dans leur germe des contestations trop nombreuses et trop délicates à juger, la loi décide, d'une façon générale, que *les actes faits par une personne décédée ne peuvent pas être attaqués pour cause de démence* (art. 504).

****2077. Cas où l'acte d'un mort est attaquable pour cause de démence.** — D'ailleurs la loi admet des exceptions à sa prohibition dans les trois cas suivants où elle autorise les héritiers à critiquer pour cause de démence les actes du défunt :

1° *Lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte lui-même* (art. 504). Exception qui se justifie toute seule.

2° *Lorsqu'il s'agit d'une donation ou d'un testament* (art. 901).

Aux termes de l'art. 901, pour faire une donation ou un testament, il faut être « sain d'esprit ». On interprète généralement cet article en ce sens que la loi a voulu déroger à la règle prohibitive de l'art. 504, en exigeant d'une façon absolue le libre arbitre chez celui qui donne ou qui lègue. C'est en effet ici que le danger de captation est le plus grand, parce que ceux

qui entourent le malade peuvent abuser de son état et se faire faire des libéralités qui dépouillent sa famille.

3° *Lorsque l'interdiction a été demandée et que l'aliéné est mort pendant l'instance* (art. 504).

Si l'instance engagée par les parents de l'aliéné avait eu le temps d'aboutir, le jugement d'interdiction une fois prononcé leur aurait permis d'attaquer sous certaines conditions les actes faits par l'aliéné même avant son interdiction. Or la folie résulte souvent de maladies mortelles qui ont une marche rapide ; les parents ne doivent donc pas être victimes d'une fin hâtive qui a arrêté leur action, d'autant plus que leurs démarches pour obtenir l'interdiction rendent vraisemblable l'existence de la démence et par suite donnent un caractère sérieux à leur demande actuelle tendant à l'annulation d'un acte déterminé (1).

§ 2. — *Aliéné interdit.*

****2078. Utilité de l'interdiction.** — La situation faite à l'aliéné non interdit et à ses héritiers fait comprendre l'utilité considérable de l'interdiction. L'interdiction *supprime*, pour ainsi dire, les *intervalles lucides* : à l'*incapacité de fait*, qui résulte de l'état mental et qui est souvent *intermittente*, elle superpose une *incapacité de droit*, qui résulte du jugement et qui est *continue*. Comp. ci-dessus, n° 2075. En d'autres termes, l'interdiction équivaut à une présomption de folie, présomption irréfragable, contre laquelle aucune preuve contraire n'est admissible (2). De là résulte un double avantage :

1° Quand on veut obtenir l'annulation d'un acte, la preuve à fournir est extrêmement simplifiée. Il suffit d'un *rapprochement de dates* : l'acte a-t-il été fait pendant la durée de l'interdiction? Si oui, il doit être annulé, sans qu'il y ait à rechercher si son auteur était ou non dans un intervalle lucide au moment où il l'a passé, ni s'il était ou non déjà guéri.

2° La nullité des actes de l'aliéné pourra être *demandée*, *même après sa mort*, *par ses héritiers* : l'interdiction lève l'obstacle qui de droit commun arrête leur action (ci-dessus, n° 2076).

Ainsi disparaît le double obstacle de fait et de droit qui, le plus souvent, empêche l'annulation des actes faits par un aliéné non interdit.

****2079. Étendue de l'incapacité de l'interdit.** — La loi n'a pas déterminé les actes que l'interdit pourra faire ou ne pas faire ; elle a employé une formule absolue pour indiquer la généralité de son incapacité : « *Tous actes* passés par l'interdit seront nuls... » (art. 502).

En présence d'un texte pareil on devrait décider qu'il n'y a pas d'exceptions à faire, la

(1) Si la demande d'interdiction a été rejetée, ou si le demandeur s'en est désisté ou a laissé l'instance se périmer, on rentre dans le droit commun ; l'interdiction doit être considérée comme n'ayant jamais été provoquée.

(2) Voyez cependant, en matière pénale, Cass. crim., 29 nov. 1902, S. 1904. 1. 301. Malgré son incapacité juridique, l'interdit peut se rendre coupable d'abus de confiance, quand il a reçu une chose en dépôt.

loi n'ayant pas distingué ; cependant la plupart des auteurs en admettent, et veulent que l'interdit, *lorsqu'il est dans un intervalle lucide* (et dans ces moments-là seulement), puisse accomplir valablement certains actes. Mais ils ne sont pas d'accord pour en dresser la liste, parce qu'ils ne s'entendent pas sur le motif qui justifie ces exceptions.

Les uns considèrent l'interdit comme capable de faire pendant ses intervalles lucides, *les actes qui ne peuvent pas être accomplis par mandataire.* Le tuteur n'ayant pas qualité pour les faire à sa place, l'interdit se trouve privé totalement des droits de cette sorte ; on doit donc profiter de ses moments de lucidité pour les lui faire accomplir à lui-même (DEMOLOMBE, t. VI, n° 49). Tels sont l'*adoption* et le *mariage.*

D'autres auteurs assignent à l'interdiction un but limité : en l'organisant, la loi a voulu, disent-ils, *protéger le patrimoine de l'interdit.* Par conséquent, un acte sera nul, même quand il aura été fait pendant un intervalle lucide, s'il a pour objet les intérêts pécuniaires de l'interdit. S'agit-il d'un acte d'un autre genre, intéressant uniquement la *personne* ou les *rapports de famille*, comme le mariage ou la reconnaissance d'enfant naturel? L'interdit pourra valablement l'accomplir, pourvu qu'au moment précis où il le fait, il ait la pleine possesssion de sa raison.

Tous ces systèmes ont le tort d'introduire des distinctions arbitraires pour l'application d'une disposition législative qui n'en fait pas. Les actes juridiques qui concernent les intérêts moraux ou de famille exigent le consentement libre de leur auteur, et comme leur gravité est au moins égale à celle des actes d'intérêt pécuniaire, l'insensé a besoin de la protection légale, autant pour eux que pour les autres. D'ailleurs, l'interdiction ne doit pas être considérée comme destinée uniquement à protéger la famille contre les actes de dilapidation d'un insensé : l'intérêt de l'aliéné lui-même y est aussi pour quelque chose, et si jamais il y eut de pressantes raisons pour le protéger, c'est bien quand il s'agit d'actes aussi graves que la reconnaissance d'un enfant naturel ou le mariage.

****2080. Son point de départ.** — « L'interdiction aura son effet du jour du jugement », dit l'art. 502. Cela est vrai lorsque le tribunal a admis la demande et prononcé l'interdiction : l'arrêt confirmatif ne fait que maintenir les effets que le jugement avait déjà produits ; mais lorsque l'interdiction, refusée par le tribunal, n'a été prononcée qu'en appel par la Cour, c'est seulement du jour de l'arrêt qu'elle existe et produit ses effets.

****2081. Absence de rétroactivité.** — L'art. 502 porte que l'interdiction aura son effet « du jour du jugement ». Par conséquent, l'effet de l'interdiction se produit normalement à compter du jour où elle est prononcée par la justice, et non à compter du jour où elle a été demandée.

La raison en est simple. Dans les procès ordinaires, où le débat roule sur l'existence d'un droit antérieur ou sur la vérité d'un fait, le jugement qui intervient est purement *déclaratif* ; il ne fait que constater les droits des parties dans l'état où ils se trouvaient au jour où l'action a été intentée ; ses effets remontent donc tout naturellement *au jour de la demande.* Il n'en est pas de même pour l'interdiction. Le jugement qui la prononce modifie la capacité de la personne ; il crée un état nouveau, et naturellement cet état ne peut exister qu'à compter du jour où un acte de l'autorité judiciaire l'a établi.

****2082. Conditions de l'annulation.** — L'incapacité de l'aliéné interdit n'est pas de même nature que celle du mineur. L'interdit est *véritablement incapable* ; sur le seul examen de sa qualité, le juge doit annuler les actes qu'il a faits. Le mineur est seulement *incapable de se léser* : « Restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus. »

Cette différence s'explique par leurs situations respectives : l'interdit est privé de raison,

le mineur manque seulement d'un peu d'expérience. Si le contrat passé par un mineur ne lui cause aucun préjudice, il n'y a pas de motif pour l'annuler ; tandis que l'acte fait par un interdit est réputé l'œuvre d'un fou, même quand il a été fait dans un intervalle lucide ; il n'y a donc pas à se préoccuper de son opportunité ou de ses résultats, il lui manque un élément de validité, la liberté d'esprit de son auteur.

****2083. Caractère de la nullité.** — Les actes d'un interdit sont *nuls*, mais la nullité est purement *relative*, et non pas absolue. L'interdit seul, de son vivant, et après sa mort ses héritiers ou autres ayants cause, peuvent s'en prévaloir, mais non jamais la partie qui a traité avec lui (1). L'acte sera, de plus, *susceptible de confirmation* (art. 1338), et l'action en nullité se prescrira par dix ans (art. 1304).

Il y a quelque difficulté à comprendre qu'un acte fait par une personne privée de raison soit simplement annulable. D'après les principes ci-dessus exposés (nº 272) et admis par la grande majorité des auteurs, cet acte est juridiquement inexistant ; il lui manque sa cause efficiente, une volonté intelligente et libre. Cependant, le système de la loi est certain et s'appuie sur une tradition déjà vieille (POTHIER, *Obligations*, nºs 49 et 51). Il faut donc reconnaître que l'interdiction a pour effet de substituer une simple annulabilité à la nullité radicale qui résulterait d'un état de démence prouvé.

****2084. En quel sens l'acte de l'interdit est nul de droit.** — L'art. 502 contient une expression qui pourrait faire douter du véritable caractère de la nullité. Cet article dit que les actes passés par l'interdit seront « nuls de droit ». Ne traduisez pas par : *nuls de plein droit*, ce qui équivaudrait à une nullité absolue. En réalité, les actes de l'interdit ne sont pas nuls « ipso jure », ils sont seulement *annulables sur sa demande* (2). Ce que la loi a voulu exprimer en employant cette formule énergique, c'est que la nullité sera de droit quand elle sera demandée et qu'elle devra être prononcée sur le vu d'une expédition du jugement d'interdiction, sans qu'il y ait à s'inquiéter de l'état d'esprit de l'interdit au jour où l'acte a été fait, Toute la question se réduit à la vérification d'une date. L'adversaire ne pourrait donc pas offrir de prouver qu'au moment où l'acte a été fait l'aliéné se trouvait dans un intervalle lucide. L'interdiction a justement pour but d'écarter cette preuve pleine de dangers, et de supprimer toute difficulté en établissant une présomption de folie continue.

****2085. Sort des actes antérieurs à l'interdiction.** — Si l'on s'en était tenu aux principes généraux, les actes *antérieurs à l'interdiction* ne pourraient être attaqués qu'à la charge de prouver qu'au moment où ils ont été faits leur auteur n'avait pas sa raison : en effet, ils sont l'œuvre d'une personne dont la capacité juridique n'avait encore été atteinte par aucune

(1) Il en est différemment du *condamné à une peine criminelle* qui se trouve en état d'interdiction légale. On admet que la nullité qui atteint ses actes est absolue, parce qu'elle est fondée sur des motifs d'ordre public, et non sur une idée de protection personnelle pour l'incapable (ci-dessus, nº 1630).

(2) Le doute qui pourrait naître à cet égard de l'art. 502 est entièrement levé par les solutions que donnent les art. 1125 et 1304 sur le genre de nullité qui atteint les actes de l'interdit.

décision judiciaire. Mais, en considération de l'état d'aliénation mentale qui a été ensuite dûment constaté par justice, la loi déroge à cette règle trop sévère. Elle permet, dans l'art. 503, de demander la nullité des actes faits par l'interdit *avant l'interdiction* sous une double condition :

1° Il faut que *la cause qui a motivé plus tard l'interdiction existât déjà à l'époque où l'acte a été consenti.*

Preuve bien plus facile que s'il s'agissait de prouver le défaut de raison au moment précis de l'acte : il suffira d'établir que la folie remontait à une époque antérieure ; cela admis, on n'a pas à se préoccuper des moments de lucidité que le fou a pu avoir.

2° *Que l'état de l'aliéné fût déjà notoire.* Cette condition est nécessaire pour que les tiers ne soient pas trop facilement victimes d'une surprise.

La loi se contente du reste que cet état soit notoire, c'est-à-dire connu du public en général ; il ne sera pas nécessaire de démontrer que la partie avec laquelle l'acte a été fait en avait personnellement connaissance (1).

Quand ces deux conditions sont réunies, l'acte *peut être annulé* (art. 503), mais le tribunal n'est pas forcé de prononcer l'annulation ; il a un pouvoir d'appréciation qui ne lui appartient pas pour les actes postérieurs à l'interdiction.

§ 3. — *Aliéné interné.*

***2086. Annulabilité des actes faits pendant l'internement.** — L'internement n'est qu'un moyen de procurer à l'aliéné un traitement plus convenable que celui qu'il pourrait recevoir à son domicile ; quelquefois aussi c'est une mesure de précaution contre des actes de fureur ou d'extravagance. Logiquement, il devrait rester sans effet sur la capacité juridique de l'individu. Aux deux grands besoins que fait naître l'aliénation mentale répondent deux remèdes distincts, l'un qui a pour but de faire soigner un malade et de le mettre hors d'état de nuire, l'autre qui a pour but de le protéger contre les actes juridiques irréfléchis qu'il pourrait consentir. Il en résulte que son placement dans un établissement d'aliénés ne devrait pas plus modifier sa capacité que le transport d'un malade ordinaire à l'hopital. Cependant la loi de 1838 a attaché au *simple fait* de ce placement des *effets juridiques* assez voisins de ceux de l'interdiction ; son résultat est donc de *dispenser les familles de demander l'interdiction* quand elles font enfermer un des leurs dans un asile, et ce résultat a été prévu et voulu.

Le seul fait d'avoir été placée dans un établissement d'aliénés élève contre la personne détenue une présomption très forte d'insanité d'esprit, qui milite contre la validité des actes faits par elle pendant la durée de son internement. En conséquence, les héritiers de l'interné peuvent attaquer ses actes après sa mort, quand même ils n'auraient pas provoqué son interdiction et sans qu'on puisse leur objecter l'art. 504. Ils n'ont même pas besoin d'établir d'une façon précise qu'au moment où l'acte a été passé leur auteur n'avait

(1) On a coutume d'exprimer ce résultat en disant que l'interdiction produit des *effets rétroactifs* et qu'elle s'applique même au passé. Cette façon de parler n'est pas tout à fait exacte. L'interdiction ne produit véritablement d'effets que dans l'avenir. Ce qui permet l'annulation des actes antérieurs, c'est la *préexistence d'un état de folie* régulièrement constaté dans la suite, et si la loi accorde alors des facilités de preuve aux parties, c'est qu'elle considère cet état comme incontestable. Mais il n'y a là rien qui ressemble à une rétroactivité véritable du jugement d'interdiction, et ce qui le prouve sans réplique c'est que les mêmes facilités sont accordées à ceux qui ont *simplement demandé l'interdiction* de leur parent sans avoir eu le temps d'arriver au jugement : il ne peut être question en pareil cas d'attribuer un effet rétroactif à un jugement qui n'a jamais été rendu.

pas sa raison. L'état de folie est suffisamment prouvé par le fait de la détention dans l'asile. Cette double solution résulte de l'art. 39 de la loi de 1838, al. 1er : « Les actes faits par une « personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été « retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être atta- « qués pour cause de démence conformément à l'art. 1304 du Code civil. »

*2087. **Différences entre l'interné et l'interdit.** — La personne enfermée dans un asile est frappée d'une incapacité générale analogue à celle qui atteint l'aliéné interdit, mais cette incapacité n'est cependant pas de tout point semblable à celle de l'interdit, Il est à remarquer en effet que l'art. 39 de la loi de 1838 ne renvoie pas à l'art. 502 C. civ., qui règle les effets du jugement d'interdiction, mais seulement à l'art. 1304, qui limite à 10 ans la durée de l'action en nullité accordée à l'interdit. Il n'y a donc pas assimilation de l'interné à l'interdit ; il y a seulement concession d'une action en nullité égale en durée. Par suite, les actes de l'interné ne sont pas *nuls de droit* ; le tribunal garde un *pouvoir d'appréciation* ; il pourrait les maintenir, s'il les jugeait faits de bonne foi par les tiers et dans un moment où l'interné avait sa raison. L'art. 39 dit, en effet, « *pourront être attaqués...* ». Cette façon de parler est significative.

Une autre différence est relative au point de départ de la prescription. L'action en nullité qui est accordée à une personne interdite dure dix ans (art. 1304). Ce délai court du jour de la mainlevée de l'interdiction, si la guérison survient, sinon du jour de la mort de l'aliéné (même article). Or on avait fait remarquer que très souvent le fou ne garde aucun souvenir des actes passés par lui pendant sa folie, et que ses héritiers n'en ont presque jamais connaissance. Le système du Code civil présente donc un grave danger, puisque ces actes deviennent inattaquables au bout de dix ans, sans que les personnes intéressées à en demander la nullité aient, en fait, connu leur existence. En 1838, on profita de l'occasion qui s'offrait d'établir une règle meilleure : aux termes de l'art. 39 de la loi, les dix ans ne courent jamais que du jour où l'aliéné après sa sortie définitive, ou ses héritiers après sa mort, ont eu *connaissance* de l'acte souscrit par lui : pour faire plus sûrement courir le délai, et en même temps pour se procurer une preuve plus facile de la date du jour qui lui sert de point de départ, les tiers peuvent *signifier l'acte* à l'aliéné après sa guérison ou à ses héritiers après sa mort. Lorsque le délai a commencé à courir contre l'auteur de l'acte, il continue à courir contre ses héritiers. Pendant qu'on était en train de voter cette modification heureuse en faveur des aliénés traités dans les hospices et maisons de santé, on aurait bien pu l'introduire du même coup dans l'art. 1304 en faveur de ceux qui sont simplement interdits. On ne l'a cependant pas fait.

CHAPITRE IV

GESTION DES BIENS DE L'ALIÉNÉ

§ 1. — *Protection de l'aliéné interdit.*

A. — Administration provisoire pendant l'instance.

2088. Nomination de l'administrateur. — Il peut y avoir lieu d'accomplir au nom de l'aliéné quelques *actes urgents*, sans attendre l'organisation régulière de la tutelle qui ne se fera qu'après que l'interdiction aura été définitivement prononcée. Pour y pourvoir, la loi permet au tribunal de nommer un administrateur provisoire *aussitôt après premier interrogatoire* (art. 497). Cette nomination est faite en la chambre du conseil (Cass., 6 et 19 févr. 1856. D. 56. 1. 71, S. 56. 1. 113).

2089. Ses pouvoirs. — Les pouvoirs de cet administrateur provisoire sont naturelle-

ment très limités. Il doit s'en tenir aux actes les plus simples et les plus indispensables : perceptions de fruits et revenus, travaux de culture, renouvellement des baux, etc. Il ne doit pas vendre le mobilier ; c'est une mesure qui n'est pas pressée à ce point.

Lorsqu'il est nécessaire de faire un acte important, tel que la vente d'un immeuble ou la constitution d'une hypothèque pour emprunter de l'argent, l'administrateur provisoire peut l'accomplir en se faisant autoriser par le tribunal. C'est ainsi que dans les deux espèces précitées portées en 1856 devant la Cour de cassation, l'administrateur provisoire avait reçu du tribunal le pouvoir d'hypothéquer.

2090. Reddition du compte. — L'administrateur provisoire cesse ses fonctions dès que le tuteur prend en mains la gestion de la tutelle, et c'est à lui qu'il rend ses comptes. Si l'administrateur provisoire est lui-même nommé tuteur, le compte de son administration provisoire est alors reporté à sa sortie de charge définitive (art. 505).

B. — Tutelle de l'interdit.

****2091. Règles générales.** — L'interdiction une fois prononcée ouvre la tutelle. C'est ce que la loi veut dire dans l'art. 509 : « l'interdit est *assimilé au mineur* pour sa personne et pour ses biens. » Les fous, après leur interdiction, sont donc *pourvus d'un tuteur* comme les enfants.

La tutelle des interdits est soumise, en principe, aux mêmes règles que celle des mineurs (art. 509). Ce sont les mêmes textes qui s'appliquent ; la loi y renvoie d'une façon générale. L'organisation est la même ; il y a un tuteur, un subrogé tuteur, un conseil de famille. Les attributions des différents agents ou organes de la tutelle sont les mêmes ; leurs pouvoirs et leurs obligations sont semblables ; on leur applique les mêmes causes d'excuse, d'exclusion et de destitution.

Il y a cependant quelques différences qui sont relatives à la *nomination du tuteur*, à *sa mission* et aux *causes de cessation de la tutelle.*

1° Particularités concernant la nomination du tuteur.

***2092. Prédominance de la tutelle dative.** — Il n'y a *jamais de tutelle testamentaire* pour l'interdit. Il n'y a de *tutelle légale* que dans *un seul cas*, au profit du mari, quand l'interdiction frappe une femme mariée. Hors ce cas unique, la tutelle des interdits est *toujours dative*, et la nomination du tuteur est faite par le conseil de famille. Il n'y a donc pas de tutelle légale au profit des ascendants de l'interdit, pas même pour les père et mère.

***2093. Tutelle légale du mari.** — « Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite » (art. 506). Décision qui se justifie sans peine : qui pourrait-on choisir de préférence au mari? Ajoutons que le mari tient du mariage des pouvoirs très étendus sur la personne et sur les biens de sa femme ; donner la tutelle à un autre ce serait vouloir créer à plaisir des conflits incessants. Les pouvoirs que le mari a en qualité de mari ne sont pas diminués par ses fonctions de tuteur, mais ils peuvent être augmentés : par exemple, si son contrat de mariage ne lui donnait pas le droit d'administrer les biens de sa femme (régime de séparation de biens), il obtient cette administration par la tutelle.

Sous l'empire du Code Napoléon, on admettait déjà que la tutelle légale du mari n'avait pas lieu en cas de séparation de corps (Cass., 25 nov. 1857, D. 58. 1. 299 ; Poitiers, 22 avril 1869, D. 74. 5. 296). Cette décision doit à plus forte raison être maintenue depuis la loi du 6 février 1893, qui a complètement affranchi de l'autorité maritale la femme séparée de corps.

***2094. Femme tutrice de son mari interdit.** — La femme n'est pas de plein droit tutrice de son mari quand il est interdit, mais elle peut être nommée tutrice par le conseil de famille (art. 506). Quand la femme obtient ainsi la tutelle de son mari, il se produit un changement de rôle qui amène une situation complexe tout à fait singulière. La femme, *en tant que femme mariée*, reste incapable : elle a toujours besoin d'être autorisée pour agir, et comme son mari ne peut plus lui donner d'autorisations, c'est au tribunal qu'elle devra désormais s'adresser pour faire en son propre nom un acte soumis à l'autorisation maritale. Mais quand elle agit *comme tutrice*, pour représenter son mari, elle n'a plus besoin d'autorisation ; le mandataire, ne s'obligeant pas lui-même et obligeant seulement son mandant, n'a pas besoin d'être personnellement capable ; on peut prendre pour mandataire une femme mariée (art. 1990). En jouant son rôle de tutrice, la femme agira donc seule, comme un tuteur ordinaire, et si elle a besoin d'être autorisée par le conseil de famille et par le tribunal, ce ne sera jamais que par application des règles de la tutelle (Bordeaux, 30 janv. 1890, D. 91. 2. 295). On pourra la voir, agissant comme tutrice, prendre l'administration de ses propres biens, dont son mari était chargé, et faire ainsi, au nom de son mari, des actes qui l'intéressent elle-même personnellement et qu'elle ne serait pas capable de faire seule en son propre nom.

Cette inversion de rôles est étrange et la situation faite à la femme tutrice n'est pas sans dangers. Aussi la loi permet au conseil de famille, tout en donnant la tutelle à la femme, de régler « la forme et les conditions de son administration » (art. 507), ce qui signifie évidemment qu'il peut *restreindre les pouvoirs de la femme*, et non les augmenter. Il peut, par exemple, obliger la femme à n'agir qu'avec le consentement du subrogé tuteur. Le règlement fait par le conseil de famille risque de porter atteinte aux droits que la femme tient de son contrat de mariage. Si elle se croit lésée, elle peut se pourvoir devant le tribunal (même article).

2° Particularités relatives à la mission du tuteur.

***2095. Affectation des ressources de l'aliéné à sa guérison.** — Le tuteur d'un mineur doit surtout chercher à faire des économies ; le tuteur d'un fou surtout chercher à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. C'est là pour lui la grosse affaire, et il en résulte une différence considérable dans la façon dont le tuteur doit s'acquitter de sa mission.

Ce ne sont pas seulement les *revenus*, comme le dit l'art. 510, qui doivent être employés dans ce but, mais même les *capitaux* de l'interdit lorsqu'il est nécessaire de les entamer.

D'après l'art. 510, ce n'est pas le tuteur, c'est le conseil de famille qui décide si le malade sera traité à domicile ou placé dans une maison de santé ou dans un hospice.

***2096. Possibilité de faire des donations aux enfants de l'interdit.** — Le tuteur d'un mineur ne peut jamais faire des donations, sauf les menues libéralités appelées « cadeaux d'usage ». La même prohibition existe bien encore en principe pour le tuteur d'un interdit, mais elle est moins absolue. Une donation peut devenir nécessaire, si l'interdit a *un enfant en âge de se marier* ; il faudra lui constituer une dot. Pour ce cas l'art. 511 autorise le conseil de famille à doter l'enfant, à la place du père (ou de la mère), qui est hors d'état de le faire. L'art. 511 s'appliquerait de même aux *petits-enfants* de l'interdit, restés sans père ni mère.

Cette exception se justifie d'elle-même ; la décision du conseil de famille doit, du reste, être homologuée par le tribunal (art. 511).

Le texte appelle cette dot « l'avancement d'hoirie ». L'avancement d'hoirie (1) est une

(1) L'*hoirie* est le droit de l'*hoir* ou héritier. Ce vieux mot ne s'emploie plus que dans l'expression « avancement d'hoirie ». Fréquente encore dans la pratique, cette expression elle-même ne se trouve qu'une seule fois dans nos lois (art. 511 C. civ.).

libéralité faite par le père à l'un de ses enfants à titre de simple avance sur sa part héréditaire ; l'enfant qui l'a reçue doit la rapporter à la masse au décès du père de façon à n'avoir pas, en fin de compte, une part plus forte que celle de ses frères et sœurs. Autorisé à constituer une dot à titre de simple avancement d'hoirie, le conseil de famille ne pourrait donc pas faire à l'enfant qui se marie une libéralité préciputaire en le dispensant du rapport ; il peut *doter* l'enfant, mais non l'*avantager*. Le même article dit que c'est le conseil de famille qui réglera « les conventions matrimoniales », c'est-à-dire le régime sous lequel l'enfant de l'interdit se mariera. Ceci n'est pas absolument vrai : si l'enfant a conservé des ascendants, il fera son contrat de mariage avec l'assistance de ceux qui l'autorisent à se marier (art. 1398). S'il n'a plus d'ascendants, ce sera son propre conseil de famille, s'il est encore mineur, qui réglera toutes les conventions de son contrat de mariage ; enfin il les fera tout seul, s'il est déjà majeur. Le conseil de famille de son père interdit n'aura donc jamais à intervenir dans le choix et l'organisation du régime matrimonial ; le rôle de ce conseil se borne à constituer la dot. Il peut sans doute, comme toute personne qui fait une donation, subordonner sa libéralité à telles conditions qu'il voudra : par exemple à l'adoption du régime dotal, si c'est une fille qui se marie, mais il ne peut pas imposer à l'enfant qu'il dote un contrat de mariage tout fait.

L'art. 511 s'applique non seulement s'il s'agit de *doter* un enfant en le mariant, mais même de l'établir, de lui acheter un fonds de commerce ou une étude. Il y a bien eu quelques hésitations sur ce point, parce que l'art. 511 est un texte exceptionnel, mais on a admis que la loi n'a pas voulu poser une règle limitative ; elle a parlé du mariage de l'enfant parce que c'est le cas ordinaire où ces libéralités deviennent nécessaires (Amiens, 6 août 1824, S. 26. 2. 175 ; Limoges, 6 juin 1842, S. 42. 2. 485. Comp. Dalloz, *Répert.*, v° Interdiction, n° 913).

2097. Actions relatives au mariage de l'interdit. — Un mineur en tutelle n'est jamais marié, car son mariage l'aurait émancipé ; au contraire, il arrive fréquemment que l'interdiction frappe une personne mariée. De là naissent pour le tuteur de l'interdit certaines questions qui ne s'élèvent jamais dans la tutelle des mineurs ; on se demande si le tuteur a qualité pour exercer les quatre actions suivantes : 1° l'action en *divorce* ; 2° l'action en *séparation de corps* ; 3° l'action en *nullité de mariage* ; 4° l'action en *désaveu*. — Pour l'action en divorce, voyez ci-dessus, n°s 1180 et 1182 ; pour l'action en séparation de corps, n° 1304.

Quant aux actions en nullité de mariage et en désaveu, la jurisprudence autorise le tuteur à les exercer seul et sans l'autorisation du conseil de famille (Cass., 26 févr. 1890, D. 90. 1. 290, S. 90. 1. 216). C'est un reste de l'ancienne théorie de l'omnipotence du tuteur que le droit moderne abandonne de plus en plus (ci-dessus, n° 1851).

3° Cessation de la tutelle.

***2098. Jugement de mainlevée.** — La tutelle des interdits, à la différence de celle des mineurs, est, de sa nature, *perpétuelle* ; elle n'a pas de terme fixe, comme l'arrivée de la majorité d'un pupille ; l'interdiction une fois prononcée dure indéfiniment et elle ne cesse pas de plein droit par le seul fait que la guérison est survenue et que l'aliéné a recouvré la raison ; il faut que le tribunal en prononce la mainlevée. C'est un nouveau jugement à obtenir et on y arrive par une procédure en tout semblable à celle qu'on a suivie pour arriver au jugement d'interdiction (art. 512).

Tous ceux qui auraient *qualité pour provoquer l'interdiction* peuvent y mettre fin. Il faut leur ajouter *l'interdit lui-même*, quoique la loi ne le dise pas. Il y a là une bizarrerie, puisqu'il est incapable d'agir, mais on passe outre ; la nécessité l'emporte : souvent personne ne demanderait la mainlevée s'il ne la demandait pas lui-même.

L'action est dirigée *contre le tuteur*, qui est chargé de protéger l'interdit et de faire maintenir l'interdiction si la guérison n'est pas complète.

2099. Décharge décennale du tuteur. — Avec son caractère perpétuel, la tutelle d'un interdit est une charge très lourde, qui peut se prolonger 20, 30 ans, et davantage.

Pour alléger cette charge, la loi a permis au tuteur de demander à être remplacé au bout de dix ans d'exercice (art. 508).

Toutefois le *conjoint*, les *ascendants* et les *descendants de l'interdit*, quand ils sont tuteurs, sont obligés de le rester indéfiniment ; ils n'ont le droit de demander leur remplacement que dans les cas d'excuse légale (art. 508). Le motif de cette exception est le lien étroit qui les unit à l'insensé et qui leur fait un devoir de veiller sur lui et sur ses biens.

§ 2. — *Protection de l'aliéné interné sans être interdit.*

2100. Caractère incomplet des mesures prises. — Lorsqu'une personne est simplement internée, conformément à la loi de 1838, sans être interdite, on n'organise pas pour elle une protection comparable à celle de la tutelle. On pourvoit seulement à ce qui est indispensable par la nomination d'*administrateurs* ou de *mandataires à pouvoirs limités*. Ces mesures suffisent dans la plupart des cas, si l'internement ne se prolonge pas trop, si l'aliéné a peu de biens, s'ils sont d'une gestion facile, si aucun acte grave ne doit se faire. Quand il devient nécessaire de faire plus, il faut procéder à la mise en tutelle de l'aliéné, ce qui oblige à demander son interdiction (Trib. de la Seine, 7 mars 1849, rapporté dans Bertin, *Chambre du Conseil*, 1856, t. II, p. 34).

A. — De l'administrateur provisoire des biens de l'aliéné interné (1).

***2101. Nomination.** — La nomination de l'administrateur peut être demandée par les parents de l'aliéné, par son conjoint, par la commission administrative de l'hospice, si l'aliéné est traité dans un établissement public, ou provoquée d'office par le ministère public.

Elle est *faite par le tribunal* du lieu du domicile de l'aliéné, qui y procède en chambre du conseil après délibération du conseil de famille, et sur les conclusions du procureur. Sa décision n'est pas sujette à appel (L. 30 juin 1838, art. 32).

Sur la façon de suppléer à cette nomination, quand elle n'a pas été faite, voyez l'art. 36 de la loi de 1838.

***2102. Pouvoirs.** — La loi n'a pas déterminé les pouvoirs de cet administrateur provisoire. Il ne peut faire que les actes d'administration proprement dits, baux, réparations, perception de fruits et de revenus, etc. Il est certain qu'il ne peut pas plaider, et il est très douteux que ses pouvoirs puissent être augmentés par une décision expresse du tribunal. Cependant on a vu souvent le tribunal de la Seine autoriser l'administrateur provisoire à vendre le fonds de commerce appartenant à l'aliéné et même à accepter une succession qui lui était échue.

2103. Garantie hypothécaire. — Les biens de l'administrateur ne sont pas grevés d'hypothèque légale, comme ceux du tuteur. Cependant, sur la demande des parties intéressées ou sur celle du procureur, le *jugement de nomination* peut constituer sur ses biens une hypothèque, *jusqu'à concurrence d'une somme déterminée*. Cette hypothèque doit être *inscrite dans la quinzaine* sur l'ordre du procureur ; elle ne date que de l'inscription (L. 30 juin 1838, art. 34). Elle diffère donc de l'hypothèque légale de l'interdit : 1° en ce qu'elle n'a pas lieu de plein droit ; 2° en ce qu'elle ne garantit pas une somme indéfinie ; 3° en ce qu'elle n'est pas dispensée d'inscription.

B. — Du mandataire ad litem.

2104. Son utilité et ses pouvoirs. — L'administrateur provisoire ne peut pas figurer dans une instance au nom de l'aliéné, même en défendant à l'action ; s'il est nécessaire

(1) Ne pas confondre cet administrateur provisoire, qui est chargé des biens, avec le *curateur à la personne* dont il a été parlé plus haut (n° 2070) et dont la mission est toute différente.

de plaider, le tribunal doit nommer un *mandataire spécial* (L. 1838, art. 33). Cette nomination est faite sur la demande de l'administrateur provisoire ou à la diligence du procureur de la République. L'administrateur provisoire peut être choisi pour mandataire « ad litem » (même article).

La loi n'autorise en principe cette nomination qu'autant qu'il s'agit de *continuer* une instance déjà engagée avant le placement de l'aliéné dans l'asile, ou de *défendre* à une action intentée postérieurement contre lui par un tiers ; elle ne veut pas que l'on y procède pour *intenter* une action mobilière ou immobilière au nom de l'aliéné. Sa pensée est que les mesures prises pour l'aliéné non interdit ne sont que l'indispensable, et que, s'il y a lieu d'aller plus loin, il faut recourir à l'interdiction. Cependant, *en cas d'urgence*, elle permet la nomination de ce mandataire pour intenter l'action.

C. — Aliénés placés dans les établissements publics.

2105. Rôle des commissions hospitalières. — L'art. 31 de la loi de 1838 attribue de plein droit aux commissions administratives des hospices ou établissements publics d'aliénés les fonctions de l'administration provisoire à l'égard des personnes qui y sont placées. Elles désignent un de leurs membres pour les remplir. Les pouvoirs de cet administrateur sont réglés par le même article : il est chargé de recouvrer les sommes dues et de payer les dettes ; les baux qu'il passe ne peuvent excéder trois années ; il peut se faire autoriser par le président du tribunal à vendre le mobilier. Les sommes provenant de la vente ou des recouvrements sont versées à la caisse de l'établissement, et le cautionnement du receveur est affecté à leur garantie par privilège sur toute autre créance. La commission administrative est autorisée à se faire décharger de cette mission en faisant nommer un administrateur provisoire par le tribunal, et cette nomination peut également être demandée par les parents ou le conjoint de l'aliéné (même article).

D. — Règles spéciales à la Ville de Paris.

2106. Rôle du Directeur de l'Assistance publique. — Le système de protection provisoire organisé par la loi de 1838 pour les aliénés internés sans être interdits a été abrogé en ce qui concerne la Ville de Paris, par la loi du 10 janvier 1849. Cette loi a donné au directeur de l'Assistance publique, à Paris, la *tutelle* des aliénés (art. 3). Il exerce donc à leur égard les mêmes pouvoirs que ceux d'un tuteur.

VI. — Le conseil judiciaire.

CHAPITRE UNIQUE

§ 1. — *Du conseil judiciaire et de sa nomination.*

****2107. Définition.** — Le *conseil judiciaire* est une personne désignée par le tribunal (de là son nom) pour en autoriser une autre à accomplir certains actes. Le mot « conseil » ne désigne pas ici une assemblée comme dans l'expression « conseil de famille ».

L'emploi du mot « conseil » tient à ce qu'autrefois c'était toujours un avocat qui était choisi pour cet office, et anciennement l'avocat d'un plaideur s'appelait « son conseil ». Cette expression s'emploie encore quelquefois de nos jours avec le même sens, mais l'habitude de choisir un avocat pour conseil judiciaire s'est perdue.

Bibliographie. — Louis Girard, *De la protection des prodigues*, thèse, Paris, 1906. — R. Barillot, *Le Conseil judiciaire d'après la loi et la jurisprudence*, thèse, Paris, 1907.

***2108. Historique.** — L'institution du conseil judiciaire n'est pas une invention du Code civil, mais nos anciens auteurs en parlent rarement. Pothier n'en dit pas un mot. Ceux qui nous donnent le plus de renseignements sur ce sujet sont le *Nouveau Denisart*, t. V, v° Conseil nommé par justice, § 2 ; Argou, *Institutions au Droit français*, liv. I, chap. ix ; et Brillon, *Dictionnaire des Arrêts*, v° Prodigue. On se servait de la dation de conseil, lorsque les faits ne paraissaient pas suffisants pour prononcer l'interdiction, principalement pour ceux que nous appelons aujourd'hui *faibles d'esprit* et pour les *prodigues*. On en faisait encore une autre application assez curieuse, à ceux qui avaient l'*esprit processif* et qui intentaient sans cesse des procès à leurs voisins. Le juge leur faisait défense de former à l'avenir aucune demande nouvelle sans l'avis exprès d'un ou de plusieurs avocats par lui désignés, qui devaient vérifier si la prétention était juste et soutenable. Cette habitude nous explique un passage de Racine : « Je ne sais pas quel biais ils ont imaginé, — Ni tout ce qu'ils ont fait, mais on leur a donné — Un arrêt par lequel, moi vêtue et nourrie, — On me défend, Monsieur, de plaider de ma vie ! » (*Les Plaideurs*, acte I, sc. vii). Comp. Toulouse, 21 juill. 1909, P. et S. 1910. 2. 43.

A l'époque moderne, l'évolution du droit a continué, plus vive et plus remarquable que jamais. Cette matière est une de celles que la jurisprudence a le plus hardiment développées, en dehors et au-dessus des textes.

A. — Causes de la nomination d'un conseil judiciaire.

****2109. A quelles personnes on donne un conseil.** — Le Code, reproduisant en partie les traditions de l'ancien droit, permet la nomination d'un conseil : 1° aux *faibles d'esprit* (art. 499) ; 2° aux *prodigues* (art. 513). Dans l'un et dans l'autre cas, les faits qui caractérisent la faiblesse d'esprit ou la prodigalité sont appréciés souverainement par les juges du fond (Cass., 21 févr. 1899, D. 99. 1. 243).

1° Faibles d'esprit.

****2110. Définition.** — On appelle « faible d'esprit » celui dont les facultés sont affaiblies, sans qu'il y ait perte totale de la raison, et qui par suite ne peut pas être interdit. C'est ce que suppose l'art. 499 qui permet que les juges nomment un conseil à la personne dont l'interdiction était demandée, « en rejetant la demande d'interdiction ». Chez ces personnes, c'est la faculté de vouloir qui est altérée plus que celle de comprendre.

2111. Interprétation extensive en jurisprudence. — Le Code n'a rien précisé sur la nature des causes qui autorisent la nomination d'un conseil judiciaire. Il dit seulement, dans l'art. 499, que les juges peuvent recourir à cette mesure « *si les circonstances l'exigent* ». C'est une formule aussi large que possible, qui laisse toute liberté aux juges pour l'appréciation de ces circonstances. Ils peuvent donc prendre en considération une infirmité physique ou morale indifféremment. Ainsi on voit donner un conseil judiciaire, outre la faiblesse d'esprit proprement dite, pour les causes suivantes :

1° La *surdité*. Décisions fréquentes.

2° L'*ivrognerie habituelle*, lorsqu'elle entraîne une mauvaise gestion du patrimoine (Rouen, 18 janv. 1865, D. 65. 2. 226).

3° L'*extrême vieillesse*, quand elle empêche de veiller suffisamment à la conservation de la fortune (Amiens, 19 janv. 1856, sous Cass., D. 57. 1. 354).

Sur les troubles partiels de la raison, résultant de l'exaltation des idées ou de préoccupations excessives, voyez Besançon, 2 févr. 1865, D. 65. 2. 94, S. 65. 2. 239, et Lyon, 24 juill. 1872, D. 72. 2. 191.

2° Prodigues.

****2112. Définition.** — Le prodigue est celui qui, par dérèglement d'esprit ou de mœurs, dissipe sa fortune en folles dépenses (Aubry et Rau). Il est donc nécessaire que le prodigue *mange son bien avec son revenu*, comme disait La Fontaine. C'est ce qui résulte du refus opposé par la Cour de Paris à la nomination d'un conseil judiciaire dans l'affaire Lebaudy (Paris, 31 janv. 1894, D. 94. 2. 233). Voyez ci-dessous, n° 2136-1°.

La nomination d'un conseil judiciaire n'est pas la seule protection possible pour un prodigue : les *clauses d'inaliénabilité* étudiées ci-dessous (n°s 2343 et suiv.) rendent aussi d'utiles services à cet égard. Sur l'*insaisissabilité* qui en résulte, voyez le t. II, n° 184.

2113. Comment a disparu l'ancienne interdiction des prodigues. — Anciennement les prodigues pouvaient non seulement être pourvus d'un conseil judiciaire, mais même être *interdits*. Cependant l'interdiction, ayant pour résultat d'enlever au prodigue même l'administration de ses biens, produisait des effets *trop énergiques* et *inutiles*, et la jurisprudence tendait de plus en plus à se contenter de la nomination d'un conseil sans prononcer l'interdiction du dissipateur.

Ni le projet de l'an VIII, ni même le projet remanié qui fut mis deux ans plus tard en discussion au Conseil d'État, ne s'étaient occupés des prodigues. Tronchet en a donné une triple raison : 1° par sa nature, la prodigalité est difficile à définir et donne lieu à des décisions arbitraires ; 2° la demande d'interdiction pour prodigalité est peu intéressante quand elle vient d'un collatéral ; elle est odieuse si elle vient de la femme ou des enfants ; 3° l'État n'a pas d'intérêt à l'interdiction des prodigues : leurs dissipations ne diminuent pas la masse des richesses nationales ; elles se bornent à déplacer les biens. Portalis réfuta avec beaucoup de sens ces diverses raisons. Il dit notamment qu'il ne s'agissait pas d'établir quelque chose de nouveau, et que l'expérience et l'usage avaient éclairé sur la manière de reconnaître la prodigalité quand elle existe. Après une discussion intéressante (Fenet, t. X, p. 684 à 692), le Conseil d'État se mit d'accord pour faire quelque chose contre les prodigues, soit l'interdiction, soit le conseil judiciaire. La section de législation se contenta de la nomination d'un conseil, remède plus doux, et qui lui parut suffisant.

***2114. Controverses modernes sur la prodigalité.** — Aujourd'hui les économistes sont divisés sur l'utilité qu'il y a à prendre des mesures contre les prodigues. Les uns les jugent inoffensifs (Cauwès, *Précis*, t. I, n° 415) ; d'autres les croient pernicieux au bien social (Bastiat, *Premières notions d'économie politique*, p. 171 ; Batbie, *Nouveau cours d'économie politique*, t. II, p. 50). En tout cas le point de vue économique n'est pas le seul à considérer ; il ne faut pas s'en tenir à une sorte de bilan financier, en se disant que les tiers recueillent ce que le prodigue dissipe : il faut se préoccuper des intérêts moraux et des devoirs de famille, choses dont beaucoup d'économistes font trop bon marché, habitués qu'ils sont à ne considérer l'homme que comme un producteur de richesses. Pour la justification de la loi, voyez Cauwès, *op. cit.*, t. I, n° 424.

***2115. Jurisprudence relative aux femmes mariées.** — Il semble qu'une femme mariée, à raison de l'autorité maritale à laquelle elle est soumise, ne puisse pas commettre d'actes de prodigalité. Cependant la pratique a montré qu'il pouvait être nécessaire de donner un conseil judiciaire à une femme mariée, parce que son mari se fait souvent le complice et l'instigateur de ses goûts de dépense. La jurisprudence admet cette nomination,

quel que soit le régime adopté par les époux, communauté ou régime dotal (Caen, 12 mars 1877, D. 78. 1. 184, S. 77. 1. 203 ; Poitiers, 18 mai 1881, D. 82. 1. 247, S. 83. 2. 8).

B. — Qui peut provoquer la nomination du conseil.

2116. Renvoi. — Le Code dit que cette nomination peut être sollicitée « par ceux qui ont le droit de demander l'interdiction » (art. 514). Voyez ci-dessus, nos 2043 à 2045.

Le projet de l'an VIII, s'inspirant de l'ancienne jurisprudence du Châtelet, n'avait autorisé la nomination d'un conseil que pour le faible d'esprit et seulement *sur sa demande.* Aussi l'appelait-il *conseil volontaire* (Fenet, t. II, p. 96). Mais le court chapitre qui autorisait cette démarche spontanée n'a pas été maintenu dans la rédaction définitive, et nous devons en conclure que le Conseil d'État n'a pas voulu conserver cet usage d'ailleurs assez singulier. Malleville lui-même, qui avait fait insérer ce chapitre dans le projet, ne se faisait guère d'illusions sur son utilité pratique : « Qui est-ce qui reconnaît son propre affaiblissement? disait-il lui-même. Cela rappelle l'aventure de Gil Blas avec l'évêque de Grenade. »

C. — Procédure.

2117. Renvoi. — La procédure à suivre est la même que pour l'interdiction (art. 514 et 515). Voyez ci-dessus, nos 2046 et suiv. Comme il s'agit de l'état des personnes, le demandeur ne peut pas se désister (Paris, 6 juill. 1899, D. 1902. 2. 387).

2118. Questions diverses. — 1° Peut-on *demander directement la nomination d'un conseil judiciaire pour les faibles d'esprit?* La chose est évidemment possible pour les prodigues en vertu de l'art. 513 ; mais pour les faibles d'esprit, cela n'apparaît pas nettement dans les textes. La loi ne s'est occupée d'eux que dans le chapitre « De l'interdiction », où l'art. 499 suppose qu'une demande ayant pour objet l'interdiction a été formée, et que, tout en rejetant cette demande, le tribunal nomme d'office un conseil judiciaire. La place qu'occupe cet article unique tient à un incident des travaux préparatoires ; mais la loi n'a pas entendu priver les intéressés du droit de demander directement la nomination d'un conseil. Il serait puéril de les obliger à demander l'interdiction pour arriver à leurs fins, c'est-à-dire à poursuivre une mesure qu'ils savent d'avance n'être pas justifiée, pour en obtenir une autre dont l'opportunité est reconnue.

2° Peut-on nommer un *conseil judiciaire provisoire* pendant l'instance? Cette nomination est très utile pour pallier le défaut de rétroactivité signalé ci-dessous, n° 2144 ; on l'admet en pratique, en se fondant sur l'art. 514, qui renvoie à la matière de l'interdiction pour la façon d'instruire et de juger la demande, ce qui permet d'appliquer les mêmes mesures provisoires (Cass., 29 avril 1885, D. 85. 1. 375 ; Nancy, 27 janv. 1900, P. 1901. 2. 305).

2119. Nomination du conseil. — Cette nomination est faite *directement par le tribunal*, qui choisit à son gré parmi les parents ou les étrangers (1). Il n'est plus d'usage de charger de cet office un avocat, ni de nommer plusieurs conseils à la même personne.

2120. Faculté de refuser. — La personne choisie par le tribunal n'est *jamais obligée d'accepter*, et quand elle a accepté elle est toujours libre de se démettre. Cette différence qui sépare les fonctions de conseil judiciaire de celles de la tutelle, qui sont obligatoires, est remarquable. Elle est *admise sans texte* ; c'est une condition traditionnelle.

(1) La fonction de conseil judiciaire n'est jamais attribuée de plein droit par la loi. Le mari lui-même n'a aucun droit à être préféré à un autre, et le tribunal, qui nomme un conseil à une femme mariée, a souvent des raisons décisives pour écarter le mari de cette fonction, quand c'est lui qui incite sa femme à faire des dépenses excessives (Cass., 12 mars 1877, D. 78. 1. 184, S. 77. 1. 203 ; Poitiers, 18 mai 1881, D. 82. 2. 247, S. 83. 2. 8). — Quant à la femme, il a été jugé qu'elle ne pouvait pas remplir l'office de conseil judiciaire pour son mari (Trib. Semur, 16 janv. 1861, D. 63. 3. 59).

Toutefois la démission donnée après acceptation des fonctions peut être refusée par le tribunal (Nancy, 26 nov. 1868, D. 69. 2. 199).

§ 2. — *Fonctions du conseil.*

****2121. Nature des fonctions.** — Le conseil judiciaire *n'est pas un gérant*; il n'administre pas, il ne représente pas l'incapable. C'est celui-ci qui doit agir par lui-même; les actes que son conseil aurait accomplis à sa place seraient nuls et les jugements obtenus par lui ou contre lui seraient sans effets pour ou contre l'incapable (Paris, 23 août 1865, sous Cass., D. 67. 1. 481). Le rôle du conseil se borne à *assister* l'incapable. Il faut dire de cette assistance du prodigue ou du faible d'esprit par son conseil tout ce qui a été dit plus haut du rôle joué par le curateur d'un mineur émancipé (nº 2010) (1); les deux fonctions, malgré leurs noms différents, sont tout à fait comparables.

D'après la loi, le rôle du conseil est tout passif; il doit donner son autorisation quand elle est demandée; sinon il n'a rien à faire. Le système de la loi est ici en défaut, car bien souvent une initiative du conseil empêcherait des actes irréparables. Ainsi il serait utile que le conseil pût s'opposer à la mainmise du prodigue sur les valeurs mobilières d'une succession qui lui est échue, mais la loi ne lui en donne pas le droit (Rouen, 19 avril 1847, D. 47. 2. 91; Douai, 30 juin 1855, D. 56. 2. 56). — La jurisprudence a fait tout ce qui était en son pouvoir pour conférer au conseil judiciaire des attributions plus actives. Voyez ci-dessous, nº 2146. Et même la pratique va plus loin encore. On voit maintenant des conseils judiciaires se transformer de leur propre activité en *gérants* de la fortune du prodigue, en percevoir les revenus et se contenter de remettre à celui-ci une pension. Le risque est gros car des dilapidations sont possibles, on en a vu des exemples, et aucune hypothèque ne garantit l'incapable.

Sur la responsabilité du conseil, voyez Paris, 16 janv. 1890, D. 92. 2. 209 et Paris, 31 janv. 1876, D. 77. 2. 48.

2122. Du refus d'assistance. — Le refus d'assistance soulève des difficultés qui ont déjà été rencontrées à propos du curateur d'un mineur (ci-dessus, nº 2027). Si le refus du conseil n'est pas justifié, l'incapable a certainement un recours devant la justice, mais que peut-il au juste demander? Il ne peut être question d'une autorisation donnée directement par le tribunal comme celle que pourrait obtenir une femme mariée. La loi n'a pas dit pour les faibles d'esprit et les prodigues, pas plus que pour les mineurs émancipés, que l'autorisation dont ils ont besoin pourrait être suppléée par la justice. La jurisprudence est constante en ce sens (Douai, 7 mai 1881, D. 81. 2. 208, S. 81. 2. 137). Mais l'incapable n'est pas pour cela abandonné aux caprices et à la mauvaise volonté de son conseil. Celui-ci pourrait d'abord, après examen des faits, être condamné à prêter son assistance au prodigue ou au faible d'esprit et, s'il s'y refuse, obligé de payer des dommages-intérêts à raison de tant par jour de retard. Mais les tribunaux ont un moyen plus énergique encore de vaincre une résistance injustifiée : c'est de pourvoir au remplacement du conseil par une autre personne, soit à titre définitif, soit à titre provisoire par la nomination d'un conseil judi-

(1) La jurisprudence exige une assistance effective quand il s'agit de procès : il ne suffit pas que le conseil *autorise*, il faut qu'il soit *mis en cause* avec l'incapable (Cass., 1er févr. 1876, D. 76. 1. 80, S. 76. 1. 153; Nancy, 24 févr. 1892, D. 92. 2. 293). Pour les actes extrajudiciaires, on se contente d'une simple autorisation donnée par avance, pourvu qu'elle soit *spéciale* (Dalloz, *Suppl.*, vº Interdiction, nº 267). Voyez cependant Trib. civ. indigène de Saïgon, 23 juill. 1900, P. 1901. 2. 165.

ciaire *ad hoc* (Douai, 7 mai 1881, précité ; Cass., 12 août 1868, D. 69. 1. 268 ; Liége, 12 juill. 1882, D. 84. 2. 200).

La personne chargée de la fonction de conseil *ad hoc* est tenue de prêter son assistance pour l'accomplissement de l'acte ; cependant, si c'est d'un procès qu'il s'agit, on lui reconnaît la liberté de prendre les conclusions qui lui paraîtront les plus justes (Paris, 31 janv. 1888, S. 88. 2. 191 ; Paris, 25 mars 1890, D. 90. 2. 257, S. 90. 2. 107).

****2123. Extension progressive du rôle du conseil.** — Anciennement il n'était question de l'intervention du conseil que pour *aliéner* et *hypothéquer*. C'était à cela que se réduisait encore le projet du Code : « ... un conseil, sans l'assistance duquel elle ne pourra passer aucun acte tendant à l'aliénation de ses immeubles ou les grever d'aucune hypothèque » (Fenet, t. II, p. 96). Mais le Tribunat demanda que le conseil intervînt plus souvent dans les affaires de l'incapable : puisqu'on avait assimilé le fou à un mineur non émancipé pour le mettre comme lui en tutelle, il convenait de traiter le prodigue ou le faible d'esprit à peu près comme un mineur émancipé. Sa proposition fut accueillie sans objection (Fenet, t. X, p. 700 et 702). Il en résulta que le conseil judiciaire devint une sorte de *curateur* ayant à peu près le même rôle que celui du mineur.

La jurisprudence moderne a développé dans de plus grandes proportions encore l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire (ci-dessous, n° 2131).

***2124. Effet invariable de la nomination d'un conseil.** — Les effets de la nomination d'un conseil judiciaire sont uniformes pour toutes les personnes qui en sont pourvues. Le tribunal ne pourrait pas modifier à son gré la liste des actes pour lesquels son intervention sera nécessaire, y ajouter ou retrancher.

Quelques auteurs regrettent cette rigidité. Elle a cependant un certain avantage : c'est qu'*aucune erreur n'est possible de la part des tiers*. Si la décision du juge était libre, il s'introduirait une *diversité dangereuse* dans l'étendue de l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, et il faudrait toujours se reporter au jugement pour la connaître. Cependant les exemples donnés par nos anciens auteurs nous montrent que le juge précisait lui-même les actes qui seraient nuls sans l'assistance du conseil. « Le remède change selon les circonstances », disait Denys Cochin (plaidoyer pour les enfants Vanderbergue). C'était là un des grands dangers de ces nominations de conseils, et Bourjon le signalait en disant qu'elles étaient des « pièges » pour les tiers.

A. — Actes énumérés dans la loi.

***2125. Actions en justice.** — *Plaider* est le premier acte que la loi interdit aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, et cette interdiction est absolue ; elle a lieu aussi bien pour la défense à l'action d'un tiers, que pour la demande (Rennes, 3 janv. 1880, D. 80. 2. 54) ; elle s'applique quel que soit le tribunal et quelle que soit la nature de la contestation. Il n'y a pas d'exceptions pour les actions qui concernent l'état de la personne,

pas plus que pour celles qui intéressent les biens (Limoges, 2 juin 1856, D. 57. 2. 26, S. 56. 2. 601 ; Toulouse, 11 août 1884, Dalloz, *Suppl.*, t. IX, p. 509, note 2 ; S. 85. 2. 78).

Ainsi, quand le père du prodigue fait opposition à son mariage, celui-ci ne peut demander la mainlevée de l'opposition si son conseil refuse de l'assister, et voilà son mariage indéfiniment arrêté, quand même il n'y aurait aucun empêchement réel (Toulouse précité). Voyez cependant pour la conversion d'une séparation de corps en divorce, Paris, 25 mars 1890, D. 90. 2. 257.

On ne fait d'exception que pour les demandes en révocation du conseil ou en nomination d'un conseil *ad hoc* (Trib. Seine, 30 avril 1870, D. 70. 3. 78 ; Liège, 12 juill. 1882, D. 84. 2. 200).

***2126. Transactions.** — La transaction n'est permise qu'à ceux qui ont la libre disposition du droit sur lequel porte la contestation (art. 2045). Les art. 499 et 513 la mentionnent expressément parmi les actes défendus au prodigue et au faible d'esprit.

****2127. Aliénations.** — Les art. 499 et 513, en défendant aux prodigues et aux faibles d'esprit d'aliéner, ne distinguent ni d'après la nature, ni d'après l'objet de l'aliénation. Les *ventes* et *échanges* sont donc aussi bien défendus que les *donations*. Les *meubles*, notamment les *valeurs mobilières*, ne peuvent pas être aliénés, pas plus que les *immeubles*. Il faut cependant faire exception pour les aliénations ayant le caractère d'actes d'administration (ventes de fruits, de bestiaux, de matériel hors d'usage, etc.).

****2128. Hypothèques.** — La faculté de « grever leurs biens d'hypothèques » est encore une de celles que les art. 499 et 513 retirent expressément aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Cette prohibition se comprend surtout quand il s'agit d'hypothèques données comme garanties à des prêteurs d'argent.

****2129. Emprunts.** — L'emprunt est un acte dangereux et toujours tentant pour un prodigue. Aussi la loi a-t-elle eu soin d'insérer le verbe « emprunter » dans son énumération.

Cependant l'incapable se trouverait obligé en vertu de l'emprunt qu'il a fait, s'il en avait profité (Cass., 1er août 1860, D. 60. 1. 316).

****2130. Réception de capitaux.** — Les art. 499 et 513 ne permettent pas à l'incapable de « recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge ». Il faut sous-entendre que le conseil devra *surveiller l'emploi du capital reçu*, sans quoi la précaution que prend la loi d'exiger son assistance au versement des fonds serait illusoire. La généralité des auteurs est sur ce point d'accord avec la jurisprudence (Paris, 31 janv. 1876, D. 77. 2. 48. S. 77. 2. 149). Ici surtout apparaît l'assimilation voulue par le Tribunat entre la personne pourvue d'un conseil judiciaire et le mineur émancipé.

B. — Actes non prévus par les textes.

2131. Lacunes dans l'énumération de la loi. — Dans la pensée des auteurs de la loi, la double énumération des art. 499 et 513 était évidemment *limitative*, de telle sorte

que tout acte qui n'y figure pas devrait être valable sans l'assistance du conseil. Cependant on ne l'observe pas à la rigueur. Elle contient des lacunes évidentes ; certains actes s'y trouvent implicitement prohibés, et la brèche une fois faite, la jurisprudence a été amenée à compléter par tout un système de prohibitions le texte imparfait de la loi. De plus, on peut remarquer que les rédacteurs du Code civil n'ont pensé qu'à une seule chose : empêcher l'incapable de se procurer de l'*argent* par des ventes, des emprunts ou des réceptions de capitaux ; il ne leur est pas venu à l'esprit qu'on pouvait également se ruiner sans avoir d'argent en main, en faisant des *dettes*. L'oubli est d'autant plus étrange qu'ils ne l'ont pas commis quand ils se sont occupés du mineur émancipé (voyez ci-dessus, nos 2005 et suiv.).

****2132. Constitutions de servitudes et autres droits réels.** — En prohibant l'aliénation, la loi défend implicitement la constitution de tous les droits réels qui sont des *démembrements de la propriété*, et dont l'établissement est une *aliénation partielle*. Aucun doute sur ce point.

2133. Compromis. — Les art. 499 et 513 défendent de transiger, mais non pas de compromettre. L'impossibilité du compromis résulte de l'art. 1003 C. proc. civ. qui n'autorise une personne à compromettre que sur les droits dont elle a la libre disposition. Comp. art. 1989 C. civ.

2134. Acceptation et répudiation de successions. — L'acceptation ne peut être faite que par une personne qui a capacité pour renoncer. Or la renonciation implique la libre disposition, elle équivaut à une aliénation. D'autre part, celui qui accepte une succession s'oblige à acquitter toutes les dettes du défunt. Il semble donc que le prodigue devrait être assisté de son conseil, soit pour accepter une succession, soit pour y renoncer (Aubry et Rau, t. VI, § 611, texte et note 20). Voyez cependant Douai, 30 juin 1855, D. 56. 2. 56.

2135. Partage. — Quoique le partage soit considéré par le droit français comme *simplement déclaratif*, et non pas comme translatif de propriété, c'est un acte grave pour lequel la loi exige ordinairement la pleine capacité. D'ailleurs la théorie du partage déclaratif n'est qu'une fiction, et l'opération s'analyse au fond en un échange de parts indivises. Arrêt unique sur la question, Douai, 30 juin 1855 précité. Comp. Dalloz, *Suppl.*, vo Interdiction, no 265.

****2136. Obligations.** — Il est tout à fait remarquable que la loi n'ait rien dit de la *capacité de s'obliger*. C'est ici surtout que la jurisprudence a eu à compléter la loi. Elle a admis que les obligations du faible d'esprit ou du prodigue étaient *réductibles*, comme celles du mineur émancipé, quand ses dépenses devenaient excessives, ou même entièrement *annulables*, dans certains cas (1). Pour expliquer ses décisions, il importe de distinguer plusieurs catégories d'obligations.

1o Dépenses annuelles. — Ces dépenses comprennent les frais de nourriture, de logement, d'entretien, et les achats d'objets usuels. Il est facile de comprendre qu'en menant une vie trop large, le prodigue peut se ruiner rapidement sans faire d'emprunts ni de ventes. Malheureusement l'idée directrice de la jurisprudence en cette matière ne ressort pas nette-

(1) Il en résulte cette conséquence remarquable qu'en ajoutant au système de la loi les additions qu'y a apportées la jurisprudence, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont maintenant frappées d'une *incapacité générale* analogue à celle du mineur émancipé et de la femme séparée de biens, qui ne laisse subsister à leur profit que la *liberté d'administrer*, et que le système primitif, qui consistait à leur donner une liste d'actes défendus, en dehors desquels la capacité resterait la règle, a été presque entièrement abandonné.

ment des arrêts qu'elle a rendus. Pendant longtemps les tribunaux considéraient comme annulable toute dépense qui n'était pas *utile*, ou ils la réduisaient *à la juste limite des besoins* du prodigue (Cass., 1er août 1860, D. 60. 1. 316, S. 60. 1. 929 ; Cass., 2 déc. 1885, D. 86. 1. 128, S. 86. 1. 120) ; quelques-uns même, dont l'avis n'a pas été suivi, voulaient que la dépense fût *nécessaire* (Lyon, 10 mai 1861, D. 61. 2. 165).

Mais la jurisprudence ne comprend plus les choses d'une façon aussi étroite. Elle considère comme valables certaines dépenses de luxe et même de dissipation, quoiqu'elles soient loin d'être *utiles*, si elles sont en rapport avec la fortune du prodigue (affaire Saint-Vallier, pour des voitures données à une demi-mondaine, Cass., 7 juill. 1902, D. 1902. 1. 422, S. 1902, 1. 504 ; affaire Groult, pour une dépense de 115 000 francs dans de grands restaurants, Paris, 2 déc. 1904, D. 1905. 2. 385).

Une affaire célèbre paraît avoir amené la jurisprudence à juger avec moins de sévérité les habitudes dépensières des prodigues. En 1894, la Cour de Paris refusa de nommer un conseil judiciaire à M. Max Lebaudy qui avait dépensé plus de 500 000 francs en quelques mois, bien que ces dépenses fussent « dépourvues de tout caractère utile et moral », dit l'arrêt ; mais la Cour avait constaté que les revenus de ce prétendu prodigue s'étaient élevés à 1 300 000 francs pendant ce même laps de temps ; l'affaire avait fait beaucoup de bruit ; Waldeck-Rousseau avait plaidé pour le *petit Sucrier*. Cet arrêt marque un *tournant* de la jurisprudence (Paris, 31 janv. 1894, D. 94. 2. 233).

2° Achats a titre de placement. — La nullité de l'opération a été jugée soit pour l'acquisition d'un immeuble en remploi (Trib. de Lectoure, 4 mars 1881, Dalloz, *Suppl.*, t. IX, p. 514, n° 260 ; S. 82. 2. 233), soit pour des achats de valeurs mobilières, tout au moins quand l'achat est fait à terme et risque d'entraîner la perte totale ou partielle de la fortune (Lyon, 9 juin 1883, D. 84. 2. 83).

3° Baux de plus de neuf ans. — On sait que, d'après la jurisprudence et d'après le Code, le bail n'a le caractère d'un acte d'administration qu'autant qu'il ne dépasse pas neuf ans (art. 481, 595, 1429, 1718 C. civ. et ci-dessus, n° 1887). Le bail consenti pour une durée plus longue par une personne pourvue d'un conseil judiciaire pourrait donc être réduit (Toulouse, 23 août 1855, D. 55. 2. 328, S. 55. 2. 748) ou même annulé complètement s'il avait été fait pour éluder la défense d'aliéner et d'emprunter (Cass., 14 juill. 1875, D. 76. 2. 202, S. 75. 1. 463).

2137. Contrat de mariage. — Cet acte complexe contient ordinairement des clauses d'aliénation et d'obligation qui dépassent la capacité du prodigue ou du faible d'esprit. Il a donc besoin d'être assisté dans ce contrat par son conseil judiciaire ; la Cour de cassation, qui jadis l'autorisait à le rédiger en toute liberté (Cass., 24 déc. 1856, D. 57. 1. 18, S. 57. 1. 245 ; Cass., 5 juin 1889, D. 91. 2. 449, S. 89. 1. 413), a modifié sa jurisprudence en 1892 (arrêt des chambres réunies, 21 juin 1892, D. 92. 1. 369, S. 94. 1. 449). C'est une difficulté qui ne peut être examinée ici et qui suppose connues les règles spéciales du contrat de mariage. Voyez t. III, n° 791.

***2138. Actes de commerce.** — La question de savoir si un prodigue ou un faible d'esprit peut faire des *actes de commerce isolés*, tels que l'acceptation d'une lettre de change,

ou s'il peut être habilité par son conseil à *entreprendre un commerce*, tout au moins comme marchand au détail, donne lieu à des difficultés qui sortent du domaine du droit civil (Dalloz, *Suppl.*, v° Interdiction, nos 262 et 263). Pour l'entreprise d'un commerce, il y a un obstacle décisif, qui tient à ce que l'assistance du conseil judiciaire doit être *spéciale*, et qu'il est matériellement impossible que le conseil assiste l'incapable dans tous les actes de son commerce (Cass., 1er août 1860. D. 60. 1. 316, S. 60. 1. 929; Cass. Belgique, 17 oct. 1889, D. 91. 2. 355, S. 90. 4. 4).

C. — Actes permis à l'incapable agissant seul.

2139. Changement réalisé par le Code civil. — Jadis il fallait dire que la personne pourvue d'un conseil judiciaire pouvait faire seule tous les actes qui ne lui étaient pas spécialement interdits, et jusqu'au Code civil c'était le jugement lui-même, qui, en nommant le conseil, énumérait les actes pour lesquels l'incapable devrait obtenir son consentement. Aujourd'hui la capacité se restreint à peu près aux actes d'administration (perception de fruits et revenus, locations ne dépassant pas neuf ans, etc.).

***2140. Énumération.** — Il reste cependant un certain nombre d'actes que le prodigue et le faible d'esprit peuvent faire seuls. Ces actes sont :

1° Les actes qui intéressent la personne et non le patrimoine (*mariage, reconnaissance d'enfant naturel*).

Ces actes entraînent des obligations, notamment l'*obligation alimentaire*; le prodigue et le faible d'esprit en seront valablement tenus, à la condition toutefois qu'ils aient donné à l'acte un consentement suffisamment éclairé (comp. art. 146).

2° Le *testament*. Ici persiste l'effet de la règle ancienne, d'après laquelle les actes non interdits par la loi restent permis.

Il n'y avait, du reste, nulle raison pour empêcher le prodigue de faire librement son testament; cet acte n'est pas dangereux pour lui. Quant au testament du faible d'esprit, ses parents sont suffisamment protégés par la règle générale qui permet d'attaquer le testament d'une personne qui n'était pas *saine d'esprit* (art. 901) (1).

3° Contracter une *assurance sur la vie*, même au profit d'un tiers, un de ses créanciers, par exemple (Paris, 2 déc. 1904, D. 1905. 2. 385).

4° Enfin l'*acceptation* ou la *répudiation d'une succession*, que la jurisprudence n'a pas encore englobées dans l'extension qu'elle a donnée à l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit (ci-dessus, n° 2134).

***2141. Comparaison avec l'émancipation.** — Théoriquement le différence est très grande. L'émancipé est un *mineur*, pour lequel l'incapacité est la règle; sa capacité n'existe que pour les actes d'administration. La personne pourvue de conseil est un *majeur* pour lequel la capacité reste la règle; il n'y a d'interdits que les actes énumérés par la loi. Seulement l'interprétation de plus en plus compréhensive donnée à l'énumération légale a opéré un rapprochement presque complet entre ces deux sortes d'incapables. En dehors des actes d'administration, la dation d'un conseil judiciaire ne laisse plus guère comme permis que l'acceptation d'une succession et encore sur ce point la jurisprudence peut être accusée d'inconséquence.

(1) Je crois qu'il ne faut pas assimiler au testament les donations qui, même entre époux, n'en constituent pas moins des aliénations. Cependant la Cour de Bruxelles a jugé qu'une semblable donation, au moins quand elle est faite sous la condition de survie, constitue une disposition à cause de mort semblable au testament, révocable comme lui, et permise par suite à la personne pourvue d'un conseil (2 avril 1886, D. 87. 2. 71, D. 88. 4. 13).

Néanmoins, et même en supposant l'assimilation achevée, il subsisterait toujours une grande *différence dans le mode de protection* : le prodigue et le faible d'esprit peuvent faire *n'importe quel acte avec la seule assistance de leur conseil* ; ils n'ont jamais besoin de l'autorisation d'un conseil de famille, ni de l'homologation par le tribunal.

***2142. Cessation de l'incapacité.** — Il peut être donné *mainlevée* du jugement, comme s'il s'agissait d'une interdiction, ce qui rétablit la personne dans sa capacité primitive (1). Quand le conseil judiciaire meurt ou cesse ses fonctions d'une façon quelconque, l'incapable ne recouvre pas pour cela le libre exercice de ses droits ; il y a lieu de remplacer son conseil par un autre. Sauf le cas de mainlevée, l'effet du jugement est définitif et dure autant que la vie de la personne.

§ 3. — *Nullité des actes non autorisés.*

****2143. Sanction de la loi.** — La sanction de la défense de plaider ou de contracter, faite à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, n'est pas écrite expressément dans la loi, mais elle est traditionnelle, et on peut considérer l'art. 502, qui règle les effets de l'interdiction, comme applicable également à cette mesure qui n'est qu'une demi-interdiction.

Le défaut d'assistance entraîne la *nullité de l'acte* pour lequel cette assistance était requise. L'acte est *nul de droit*, aux termes de l'art. 502 ; ce qui signifie que l'annulation est de droit quand l'incapable la demande, sans que les juges aient aucun pouvoir d'appréciation et sans qu'il soit obligé de prouver une lésion à son préjudice. Voyez ci-dessus, nº 2084. Cette nullité est *relative* et a les mêmes caractères que pour l'interdit (prescription de dix ans à compter de la cessation de l'incapacité ; possibilité d'une confirmation). Comp. Cass., 27 juin 1884, D. 85. 1. 135, S. 87. 1. 334.

Sur la responsabilité qui pèse sur les notaires, chargés de tenir au courant un tableau affiché dans leur étude (ci-dessus, nº 2059), voyez Cass., 19 oct. 1897, D. 98. 1. 41, S. 98. 1. 183 et les renvois.

***2144. Absence de rétroactivité.** — La nomination d'un conseil judiciaire ne produit jamais d'effet dans le passé. Elle ne permet pas d'attaquer les actes antérieurs à la nomination du conseil, quand même les causes qui l'ont fait nommer existaient déjà à cette époque d'une façon notoire (2). L'art. 503 est spécial à l'interdiction des aliénés (Bordeaux, 29 déc. 1884, sous Cass., D. 86. 1. 244).

Cependant la jurisprudence a été obligée d'admettre une exception pour les actes passés *en vue d'une nomination imminente* et pour en éluder les effets ; elle a vu là une fraude à la loi suffisante pour entraîner la nullité. Les arrêts sur ce point sont déjà nombreux et la jurisprudence peut être considérée comme constante (Cass., 25 et 26 juin 1888, D. 89. 1. 59 et 301, S. 88. 1. 469 ; Cass., 5 nov. 1889, D. 90. 1. 379, S. 91. 1. 407 ; Cass., 24 juin 1913, P. et S. 1913. 1. 495). Elle est approuvée par la grande majorité des auteurs. Voyez cependant Nancy, 27 janvier 1900, P. 1901. 2. 305.

(1) L'effet du jugement de main levée est immédiat, ce qui rend valables les actes accomplis par le prodigue depuis la mainlevée, et quoique le jugement soit ensuite réformé sur une tierce opposition (Cass., 11 déc. 1911, D. 1913. 1. 430, P. et S. 1912. 1. 551).

(2) La question de savoir si un acte signé par un prodigue, un interdit, etc., est réellement antérieur à l'époque de son incapacité, soulève de graves difficultés en fait, quand cet acte n'a pas été enregistré ; la date peut en être fausse. Voyez Cass., 30 juin 1868, D. 69. 1. 230 ; Trib. Lyon, 13 mars 1869, D. 71. 5. 220.

2145. Effet d'une fausse déclaration. — Le prodigue n'est pas valablement obligé quand il se présente à l'autre partie comme étant capable. Ce seul fait n'est pas un quasi-dédit susceptible de créer une obligation (Paris, 30 nov. 1897, D. sous Cass., 1900. 1. 589).

***2146. Exercice de l'action en nullité par le conseil.** — Dans la rigueur des principes, la nullité des actes irréguliers ne peut être demandée que par l'incapable. Mais cette règle aurait pour effet de rendre à peu près illusoire la protection que la loi lui accorde. Voilà, par exemple, un prodigue qui a aliéné un bien pour se procurer de l'argent ; il ne songera pas à attaquer l'acquéreur et l'aliénation subsistera en fait. La jurisprudence a donc dû reconnaître au conseil judiciaire qualité pour exercer lui-même, *au nom de l'incapable*, l'action en nullité (Cass., 29 juin 1881, D. 82. 1. 33, S. 82. 1. 125 ; Paris, 5 avril 1887, D. 88. 2. 220), et de *faire appel* sans le concours du prodigue (Cass. belge, 2 nov. 1900, D. 1902. 2. 349). Cette décision est un utile complément de la loi, mais elle est un des exemples les plus remarquables des hardiesses de la jurisprudence. On peut dire que toute cette matière du conseil judiciaire a été l'œuvre des tribunaux beaucoup plus que du législateur.

TROISIÈME PARTIE

LES BIENS

GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

DU PATRIMOINE

§ 1. — *Caractères généraux du patrimoine.*

***2147. Définition.** — On appelle patrimoine l'*ensemble des droits et des charges d'une personne, appréciables en argent.* Si l'on veut en exprimer la valeur par un chiffre, il faut en déduire le passif, conformément à l'adage : « Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno. »

***2148. Relation de l'idée de patrimoine et de la personnalité.** — Il existe un lien intime entre la personne et le patrimoine. La nature de ce rapport ressort des quatre observations suivantes :

1° *Les personnes seules peuvent avoir un patrimoine.* — Les personnes sont, par définition, les êtres capables de devenir sujets actifs ou passifs de droits : elles seules ont donc l'aptitude à posséder des biens ou à avoir des créances ou des obligations. Voyez ci-dessus, n°s 362 et 365.

2° *Toute personne a nécessairement un patrimoine.* — Une personne peut posséder fort peu de choses ; n'avoir ni droits ni biens d'aucune sorte, ou même, comme certains aventuriers, n'avoir que des dettes : elle a néanmoins un patrimoine. *Patrimoine* ne signifie pas *richesse* ; un patrimoine ne renferme pas nécessairement une valeur positive ; il peut être comme une bourse vide et ne rien contenir.

3° *Chaque personne n'a jamais qu'un patrimoine.* — Le patrimoine est *un*, comme la personne ; tous les biens et toutes les charges forment une masse unique. Ce principe de l'*unité du patrimoine* subit cependant des restrictions ; il y a quelques institutions exceptionnelles qui opèrent dans le patrimoine une sorte de division, et qui en font deux masses distinctes.

Le droit civil en offre comme exemples le *bénéfice d'inventaire* accordé à l'héritier, et le bénéfice de la *séparation des patrimoines* accordé aux créanciers d'une personne défunte. Ces deux bénéfices ont pour résultat de *séparer fictivement* entre les mains de l'héritier deux masses de biens : ses biens personnels et les biens qui viennent du défunt, de sorte que l'héritier semble avoir deux patrimoines.

4° *Le patrimoine est inséparable de la personne.* — Tant que la personne vit, il ne peut se produire aucune *transmission* de son patrimoine à une autre personne ; elle n'en peut aliéner que les éléments, l'un après l'autre : son patrimoine, considéré comme universalité, n'est que la conséquence de sa propre personnalité, et il lui reste nécessairement attaché. C'est pour cela que toutes les transmissions qui se font *entre vifs* sont à *titre particulier*. La transmission de l'universalité du patrimoine ne peut se faire qu'après la mort de la personne ; en droit français, toutes les *transmissions universelles* se font *par décès*. A ce moment, le patrimoine du défunt est attribué à des successeurs, qui seuls peuvent être des *ayants cause à titre universel*. Comp. ci-dessus, n° 303.

****2149. Caractère propre du patrimoine.** — Les biens et les charges contenus dans le patrimoine forment ce qu'on appelle une *universalité de droit*. Cela signifie que le patrimoine constitue une unité abstraite, distincte des biens et des charges qui le composent. Ceux-ci peuvent changer, diminuer, disparaître entièrement, et non le patrimoine, qui reste toujours le même, pendant toute la vie de la personne (1).

§ 2. — *Composition du patrimoine.*

****2150. Caractère pécuniaire des éléments du patrimoine.** — Le patrimoine comprend un *actif* et un *passif* ; il contient non seulement des *droits* et des *biens*, mais aussi des *obligations* ou *dettes* et des *charges* de natures variées. Mais, ni en fait de droits ni en fait de charges, le patrimoine ne comprend tout ce que la personne possède ou supporte. Ont seuls le *caractère patrimonial* les droits ou charges *appréciables en argent* ; tout ce qui n'a pas une valeur pécuniaire reste en dehors du patrimoine.

(1) Je suis ici la théorie qui a cours actuellement (Aubry et Rau, t. VI, §§ 573 à 583). On peut se demander jusqu'à quel point elle est fondée. « Patrimoine » signifie proprement « biens de famille », ce qui a été recueilli par succession. On en a élargi le sens de façon à y comprendre tous les biens de la personne, quelle qu'en soit l'origine : c'est un sens nouveau du mot, qui est parfaitement admissible. Mais ne commet-on pas quelque confusion entre le patrimoine, qui est l'ensemble des biens, et la personnalité, qui est l'aptitude à posséder ? Sur le caractère factice, abstrait et abusivement logique de la théorie du patrimoine, telle que l'ont conçue Aubry et Rau, voyez Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 126-128, et P. Cazelles, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse, Paris, 1905, p. 376 et suiv. Comp. Olivier Jallu, thèse, Paris, 1902, p. 95 et suiv. — Sur la fonction économique et historique du patrimoine, voir Ihering, *L'évolution du droit*, n° 31.

***2151. Droits et charges non patrimoniaux.** — Sont donc en dehors du patrimoine, comme n'ayant pas un caractère pécuniaire :

1° *Tous les droits et toutes les charges ayant un caractère politique.* — Ce sont ces droits qui assurent à l'individu sa liberté, sa vie, son honneur, avec les charges qu'ils comportent ; ils ne produisent, en général, d'effets juridiques qu'autant qu'ils ont été *lésés* par une autre personne ; ils donnent lieu alors à une réparation soit civile, soit pénale. L'étude de ces droits et de ces charges, avec leurs garanties et leurs sanctions, appartient entièrement au droit public.

2° *Les droits de puissance qu'une personne possède sur une autre.* — Ces droits sont au nombre de deux : la *puissance paternelle* et la *puissance maritale.* A la différence des précédents, ils appartiennent au droit privé ; mais ils présentent le même caractère non pécuniaire, ce qui les exclut du patrimoine. Quand une personne est soumise à un droit de puissance, elle n'est pas la *débitrice* d'une autre, elle est sa *subordonnée.*

3° *Les actions d'état,* qu'une personne peut exercer pour défendre ou modifier sa condition personnelle (1).

****2152. Éléments composant le patrimoine.** — Que reste-t-il donc pour composer le patrimoine? Uniquement les *droits réels* et les *droits de créance* ou *obligations.* Considérés entre les mains de la personne qui en profite, ces différents droits forment l'*actif* du patrimoine ; considérés, s'il y a lieu, entre les mains de la personne qui les supporte, ils forment le *passif.* Tous les droits patrimoniaux se répartissent nécessairement dans l'une ou l'autre de ces deux catégories ; et à l'inverse leur distinction n'a d'utilité que pour les droits patrimoniaux.

***2153. Importance et difficulté de cette distinction.** — La distinction des droits réels et des obligations est une des notions essentielles du droit, et une des plus difficiles à acquérir au début des études. Il est donc nécessaire d'y insister, en consacrant à chacune de ces deux catégories de droits quelques développements. Tout le soin qu'on peut apporter dans le choix des formules et des définitions, toute la méthode qu'on peut employer dans le développement des idées ne sauraient empêcher l'exposé de cette théorie d'être difficile à bien saisir. Nous touchons ici aux notions les plus générales, et par conséquent les plus abstraites du droit. Il est facile cependant de se réserver un terrain solide, où il soit toujours possible de reprendre pied. La famille des *droits réels* a pour principal représentant le droit de PROPRIÉTÉ ; les *droits de créance* ont pour type l'obligation qui résulte d'un PRÊT D'ARGENT : être propriétaire d'une maison, être créancier de 500 francs qu'on a prêtés, voilà des notions élémentaires que tout le monde possède, même sans études juridiques. Il suffira de se référer à l'une ou à l'autre, quand il sera question de droits réels ou de droits de créance, pour donner un corps aux règles générales et aux observations qui vont suivre.

(1) Peut-être pourrait-on joindre à cette énumération les droits que le Code civil portugais (art. 359 et 2383) appelle *droits primordiaux*, qui sont ceux qui se rapportent à la personnalité physique ou morale, par opposition aux *droits acquis*, qui sont les intérêts matériels et extérieurs. Comparez BOSC, *Les éléments constitutifs du droit civil*, thèse, Montpellier, 1901, p. 159 ; BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. I, nos 131 et suiv. ; E.-H. PERREAU, *Revue trimestrielle*, 1909 ; H. FOUGEROL, *La figure humaine et le droit*, thèse, Paris, 1913. Voyez aussi ci-dessous, n° 2161.

A. — Des obligations.

****2154. Définition et terminologie.** — L'obligation est un *rapport juridique entre deux personnes*, en vertu duquel l'une d'elles, appelée « créancier », a *le droit d'exiger un certain fait de l'autre*, qui est appelée « débiteur ». L'obligation a donc pour effet de lier l'une à l'autre ; elle forme ce qu'on appelle un *lien de droit* (traduction de l'expression latine *vinculum juris*). Ce rapport s'appelle « créance », quand on le considère du côté actif, en la personne du créancier ; il s'appelle « dette », quand on le considère du côté passif, en la personne du débiteur.

Le mot « obligation » est le seul qui puisse servir à désigner le rapport entier, abstraction faite de la différence des rôles qu'y jouent les deux parties. Dans ce sens large, le mot « obligation » équivaut aux deux mots « créance » et « dette » réunis ; aussi est-ce lui qu'on emploie quand on veut faire l'étude générale des droits de créance ; on appelle cette étude la *théorie des obligations*. Mais le mot « obligation » a aussi un sens étroit, purement passif, dans lequel il est synonyme du mot « dette » ; on parle, par exemple, de « l'obligation contractée par le débiteur ».

***2155. Obligations positives et obligations négatives.** — On appelle « objet de l'obligation » ce que le créancier a le droit d'exiger du débiteur. Cet objet consiste en général dans l'accomplissement d'un *fait positif*, qui prend le nom de *prestation*. Parfois aussi l'objet de l'obligation est un *fait négatif*, c'est-à-dire que le débiteur est tenu de ne pas faire une chose qu'il aurait le droit de faire si l'obligation n'existait pas ; on dit alors que l'obligation a pour objet une *abstention*.

***2156. Obligations de faire et obligations de donner.** — Il n'y a pas de différence à signaler parmi les obligations négatives qui ont pour objet une abstention : toutes s'appellent des *obligations de ne pas faire*. Il y a lieu, au contraire, de subdiviser celles qui ont pour objet une prestation positive. Tantôt cette prestation a le caractère d'un *simple fait matériel* ; c'est, par exemple, un service à rendre, une leçon à donner à un enfant, un travail de nettoyage, de construction, de réparation, etc. Tantôt la prestation consiste dans un *transfert de propriété* ou *de droit réel*, c'est-à-dire qu'elle est un acte juridique d'une nature déterminée : par exemple, une personne s'engage à me transférer la propriété de sa maison, ou à constituer à mon profit sur cette maison un droit de servitude ou d'hypothèque. Voilà deux espèces d'obligations positives qui ne sont pas régies à tous égards par les mêmes principes ; il y a des différences considérables entre elles. Aussi est-il utile d'en faire la distinction dans le langage. On appelle *obligations de faire*, celles qui ont pour objet un fait matériel (art. 1142 et 1145) ; *obligations de donner* (1), celles qui ont pour objet spécial le transfert d'un droit (art. 1136 et 1140).

(1) Observez que « donner » a ici le sens du latin *dare* ; il signifie *transférer* (la propriété ou un autre droit), à titre onéreux aussi bien qu'à titre gratuit : on se tromperait si on le

***2157. Sens variable des mots « Droit personnel ».** — Le droit de créance est très souvent appelé « droit personnel ». Cette expression est d'origine latine. Les Romains appelaient *actio in personam* l'action par laquelle un créancier faisait valoir son droit (1). Nous appelons de même *actions personnelles* les actions qui sanctionnent les créances (art. 2262 C. civ., art. 59 C. proc. civ.). De là un usage très répandu, qui applique la qualification de « personnel » au droit de créance lui-même ; cet usage a été favorisé par cette circonstance que les mots « droit personnel » forment une antithèse parfaite avec les mots « droit réel ».

Cependant cet usage est fâcheux et mériterait d'être abandonné, parce que le mot « droit personnel » est *amphibologique*. Outre le sens qui vient d'être indiqué, il en a au moins deux autres. Il désigne : 1° les *droits intransmissibles*, qui meurent avec leur titulaire, comme l'usufruit : ils sont personnels, en ce sens qu'ils ne passent pas aux héritiers ; 2° les *droits insaisissables*, que les créanciers d'une personne ne peuvent pas exercer de son chef, comme le leur permet en général l'art. 1166 : il y a des droits exceptionnels qui sont « personnels », en ce sens qu'ils sont exclusivement *attachés à la personne* et ne sont pas susceptibles d'être exercés par d'autres, même du vivant de leur titulaire. Cela fait trois sens pour le même mot. Aussi, quand on dit qu'un droit est personnel, on risque toujours de n'être pas compris, à moins qu'on n'explique en même temps pour quelle raison on le qualifie ainsi.

B. — Des droits réels.

****2158. Définition usuelle.** — Voici à peu près la définition courante du droit réel : il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne, en vertu d'un *rapport immédiat* opposable à toute autre personne (Aubry et Rau, t. II, § 172). Cette définition implique, comme caractère essentiel du droit réel, *la création d'un rapport entre une personne et une chose.* On veut dire par là que, dans tout droit réel, il n'y a point d'intermédiaire entre la personne qui en est titulaire et la chose sur laquelle le droit porte. Suis-je *propriétaire* ou *usufruitier* d'une maison, j'ai par moi-même le droit de l'habiter ; pour l'exercice du droit, on peut faire abstraction de toute personne autre que le titulaire. — Il en serait autrement si j'étais simplement *locataire* ou *fermier* ; je n'aurais sur la chose aucun droit direct et m'appartenant en propre ; je serais seulement *créancier de son propriétaire*, lequel serait *tenu* envers moi de m'en procurer la jouissance. Si je n'avais lié par contrat envers moi ce propriétaire, je n'aurais aucun droit sur sa chose.

***2159. Critique de la définition précédente.** — Cette analyse du droit réel rend assez bien compte des apparences ; elle en donne une idée qui

traduisait par « faire un cadeau ». Par conséquent, le substantif correspondant est « dation », et non pas « donation ».

(1) Cette appellation vient de ce que le nom du débiteur figurait nécessairement dans la formule que délivrait le Préteur. L'*intentio* de l'*actio in personam* était ainsi rédigée : « Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere. » Il était dès lors tout naturel de dire qu'elle était conçue *in personam*.

s'adapte suffisamment aux besoins de la pratique. Elle a l'air simple et elle plaît, parce qu'elle donne en quelque sorte une vue concrète du droit de propriété et des autres droits réels : elle montre le propriétaire ou l'usufruitier seul en possession de son bien, que tout le monde laisse en jouir paisiblement, et qui ne demande rien à personne. Au fond cependant elle est fausse. Il n'est pas exact de dire que le droit réel (la propriété, par exemple) consiste à établir un *rapport direct entre une personne et une chose* (1). Ce rapport direct n'est qu'un *fait*, et il a un nom : c'est la *possession*, c'est-à-dire la possibilité de détenir la chose et de s'en servir en maître. Un rapport d'*ordre juridique* ne peut pas exister entre une *personne* et une chose : ce serait un non-sens. Par définition, *tout droit est un rapport entre les personnes* (2). C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit, et cet axiome est inébranlable.

En d'autres termes, le droit réel, comme tous les autres, a nécessairement un *sujet actif*, un *sujet passif*, et un *objet*. La définition que je critique a le tort de supprimer le sujet passif et de s'en tenir aux deux autres termes, en constituant le droit réel à l'état de rapport borné au sujet actif et à l'*objet* de son droit, qui est la chose possédée.

***2160. Analyse du droit réel.** — Appliquons ces idées au droit de propriété : il y a une personne qui nous fournit déjà un des deux termes du rapport, c'est le *propriétaire*; il ne reste plus qu'à trouver l'autre terme, et il n'est pas difficile à découvrir : c'est *tout le monde*, excepté lui. Un droit réel quelconque est donc un rapport juridique établi entre *une personne* comme *sujet actif* et *toutes les autres* comme *sujets passifs*. Ce rapport est *d'ordre obligatoire*, c'est-à-dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites. L'obligation imposée à tous autres que le titulaire du droit est purement négative : elle consiste à s'abstenir de tout ce qui

(1) Il est nécessaire de combattre sans répit cette fausse formule, à l'aide de laquelle on a répandu mainte erreur. Dans leur définition rapportée ci-dessus, nº 2158, MM. Aubry et Rau avaient bien soin de mentionner que le rapport direct entre la personne et la chose, rapport qui selon eux constitue le droit de propriété, avait pour caractère d'être *opposable à toute autre personne*, et par là ils éveillaient indirectement et implicitement l'idée d'une obligation passive universelle, liant tous les hommes envers le propriétaire de la chose. Mais les auteurs qui ont suivi, et principalement les rédacteurs de manuels d'étudiants, n'ont pas eu toujours la même précision : beaucoup ont supprimé l'énonciation des personnes tenues de respecter le fait de la possession du propriétaire, et affirmé que si le droit de créance met en présence deux personnes, le créancier et le débiteur, le droit réel éveille uniquement l'idée d'une personne et d'une chose. C'est là qu'est l'erreur, et elle porte sur le fondement même de la notion du droit réel. Voyez H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900, p. 68 et suiv. ; L. Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories*, thèse, Toulouse, 1912.

(2) Il ne peut y avoir de rapport d'ordre juridique entre une personne et une chose parce que donner un droit à l'homme sur la chose équivaudrait à imposer une obligation à la chose envers l'homme, ce qui serait une absurdité. Le *droit* ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter *comme sujets passifs*, c'est-à-dire capables d'avoir des obligations. Comp. Ortolan, *Généralisation du droit romain*, 11e édit., p. 550, note 2, et p. 637 ; Roguin, *La règle de droit*, p. 54, nº 26, p. 77 et passim. Ce dernier revendique à tort la priorité de l'idée.

pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer à ce dernier. Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif est *simple* et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est *illimité en nombre* et comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif (1). C'est le rôle effacé imposé à ces dernières, qui empêche de les apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. Comme on ne leur demande qu'une abstention, qui est l'état normal, elles disparaissent, et on ne voit plus que le titulaire du droit en possession de la chose qui lui est attribuée, accomplissant en paix sur elle les actes qui font l'objet de son droit. De là l'idée vulgaire du *rapport direct* d'une personne avec une chose, idée superficielle, fausse comme conception juridique. Au fond, les personnes tenues de s'abstenir au profit du titulaire du droit réel n'existent pas moins ; et *c'est par là seulement que le propriétaire diffère du voleur* qui est tout autant que lui en rapport direct avec la chose : personne n'est tenu de respecter la possession du voleur ; tout le monde est tenu de respecter celle du propriétaire. Le lien obligatoire, qui englobe tout le monde moins le titulaire du droit, devient visible quand il est violé : le contrevenant est condamné à une réparation, ce qui ne se comprendrait pas s'il n'était obligé à rien auparavant.

Pour le développement de ces idées, voyez la thèse précitée de M. H. Michas, et les ouvrages cités par lui, principalement Roguin, *La règle de droit*, p. 256 et suiv. M. Roguin dit avec raison qu'il faut considérer les droits réels comme formés d'un *faisceau de devoirs passifs* imposés à la totalité des justiciables, et que chacune des *fibres* qui le composent a la même nature qu'une obligation au sens spécial du mot (n° 145). Il ajoute que l'*usage d'une chose*, considéré en lui-même, ne fournit pas nécessairement un droit réel, pas plus qu'un droit personnel : la nature du droit dépend des relations qui s'établissent entre son titulaire et les autres personnes.

2161. De diverses obligations légales comparables aux droits réels. — Les droits réels ne sont pas les seuls rapports obligatoires englobant comme sujets passifs tous les hommes, moins celui qui joue le rôle actif. Il existe un grand nombre d'*obligations légales*, établies de plein droit entre les personnes, qui ont pour caractère d'être *universelles* du côté passif, de même pour les droits réels. Pour plus de similitude encore, ces obligations légales ont un *objet négatif*, comme le droit réel vu du côté passif ; elles imposent seulement une abstention. Telles sont les obligations de respecter la vie, l'honneur, la santé d'autrui. Ces rapports obligatoires ont pour créancier une seule personne, chacun de nous, et pour débiteurs tous les autres hommes. Il y a là une frappante analogie. La vie, l'honneur sont donc des biens qui nous sont garantis de la même façon que la propriété des choses, par l'existence à notre profit d'une obligation universelle à objet négatif. Ce sont ces droits que MM. Roguin, Boistel, et beaucoup d'autres jurisconsultes appellent des *droits absolus*, de façon à en former une classe unique qui comprend avec eux les droits réels, et qu'on oppose sous ce nom aux simples créances ou droits personnels, qui ne sont que des *droits relatifs*, opposables seulement à une personne ou à quelques-unes.

(1) On voit par cette analyse combien on est loin de la vérité quand on considère le droit réel comme *plus simple* que le droit de créance. La complexité est certainement du côté du droit réel, dans lequel l'idée d'obligation entre comme composante. Ceux qui le trouvent plus simple suppriment l'un des deux termes du rapport.

2162. Étymologie. — D'où vient le mot *droit réel?* Il est de formation relativement récente. L'adjectif *realis* n'existe pas dans la latinité classique. Bien plus : les anciens n'ont jamais eu d'expression générale pour l'ensemble des droits que nous nommons *réels* ; ils appelaient chaque catégorie de son nom particulier : *Dominium*, *ususfructus*, *servitutes*, etc. Le mot « réel » a été tout naturellement employé par les commentateurs pour traduire la formule *actio in rem* et pour faire antithèse au mot *personales actiones*, déjà usité sous l'Empire (Ulpien, au *Digeste*, livre L, tit. 16, fr. 178, § 2). Des actions, il a été ensuite étendu aux droits eux-mêmes.

C. — Comparaison des droits réels et des droits de créance.

****2163. Caractères spécifiques du droit réel et du droit de créance.** — Selon l'analyse qui vient d'en être faite, le droit réel et le droit de créance résultent tous deux de *rapports d'obligation* existant entre les hommes ; leur élément constitutif est le même. Ils diffèrent l'un de l'autre par deux caractères spécifiques, portant l'un sur *le nombre des sujets passifs*, l'autre sur l'*objet de l'obligation.*

1° L'obligation appelée « droit de créance » n'existe jamais que contre une *seule personne*, ou, s'il y a plusieurs débiteurs, ceux-ci sont toujours *limitativement déterminés* ; le droit réel est *opposable à tout le monde*, puisqu'il implique l'existence d'une obligation dont tout le monde est tenu. On peut exprimer cette différence en disant que le droit de créance est un droit *relatif*, tandis que le droit réel est un droit *absolu.*

2° Le droit réel, considéré comme rapport obligatoire universel, ne peut jamais imposer qu'une simple *abstention* : ne rien faire qui puisse nuire à la personne investie activement du droit. Bien autrement énergique est l'obligation restreinte qui forme le droit de créance : elle permet d'exiger du débiteur un fait positif, une *prestation*, et elle seule peut avoir cet effet.

Dans les cas même où le droit de créance oblige le débiteur à ne pas faire, l'abstention qu'il impose diffère encore profondément de celle qui constitue un droit réel. La différence consiste en ceci : l'abstention imposée par l'existence d'un droit réel ne diminue en rien les facultés naturelles ou légales des autres personnes, on leur demande seulement de ne pas nuire au titulaire du droit ; tous les droits qui leur sont propres restent intacts. Au contraire, l'abstention qui fait l'objet d'un droit de créance, quand l'obligation est de ne pas faire, diminue sur un point particulier les facultés légales du débiteur ; son obligation l'empêche de faire une chose qui lui serait permise d'après le droit commun. L'existence d'un droit de créance constitue donc toujours une *charge exceptionnelle* pour le débiteur, un *élément de passif* dans son patrimoine, tandis que l'abstention universelle, que la loi commande pour assurer le respect des personnes et des biens, n'est pas considérée comme une charge ; c'est l'*état normal.* Les droits réels figurent seulement comme éléments d'actif dans le patrimoine de leur titulaire ; l'obligation de s'abstenir, qui en forme la contre-partie, n'a pas besoin d'entrer en ligne de compte dans le patrimoine d'autrui.

2164. Détermination nécessaire de l'objet des droits réels. — Le droit réel ne peut jamais exister qu'à l'occasion d'*une chose déterminée* ; on ne concevrait ni droit de propriété, ni usufruit, ni droit réel d'aucune sorte sur une chose qui ne serait pas encore *individuellement* désignée. Au contraire, la chose qui fait l'objet de la prestation due par un débiteur peut n'être désignée que par *sa quantité* et *sa nature*, par exemple, la fourniture

de 1 000 kilos de charbon ; on dit alors qu'elle est déterminée *in genere* et non pas *in specie*, ou en français que la dette a pour objet un *genre* et non un *corps certain*. Cette différence s'explique aisément, parce que le droit réel a toujours pour objet de garantir le *fait de la possession*, qui est nécessairement *concret* et qui ne peut exister que pour une chose déterminée.

****2165. Comparaison pratique du droit réel et du droit personnel.** — Il existe entre eux des différences pratiques considérables. Deux exemples feront comprendre la nature de ces différences.

1° Faillite d'un commerçant. — Tous les créanciers du commerçant failli se trouvent dans une situation semblable : chacun d'eux a sa créance à faire valoir contre le failli, mais aucun d'eux n'a de droits spéciaux à faire valoir envers les autres ; ils sont tous donc dans une situation égale ; aucun ne peut l'emporter sur les autres. Et si nous supposons, comme c'est l'ordinaire, qu'ils sont tous créanciers de sommes d'argent, il faudra répartir entre eux la perte qui résulte de l'insolvabilité du débiteur commun ; chacun n'obtiendra qu'un dividende, tant pour cent sur la somme qui lui était due. On exprime ce résultat en disant que les créanciers sont *soumis à la loi du concours* et qu'on les paie, en cas d'insolvabilité, au *marc le franc*. — Mais une autre personne se présente munie d'un droit réel : c'est un *propriétaire* qui revendique, comme à lui appartenantes, des marchandises déposées dans les magasins du failli ; c'est un créancier gagiste ou hypothécaire, qui possède, outre sa créance, un droit réel particulier appelé *gage* ou *hypothèque*. Ces personnes sont armées d'un droit réel opposable à tous, y compris les créanciers du failli : elles vont donc pouvoir exclure tous ces créanciers, et garder pour elles, en nature ou en valeur, les choses qui leur appartiennent ou qui leur ont été engagées ou hypothéquées. Les voilà soustraites à la loi du concours ; elles ont contre les autres un *droit de préférence*.

2° Vol d'un meuble. — Lorsqu'un objet a été volé, celui qui est *propriétaire* de cet objet peut le *revendiquer*, c'est-à-dire poursuivre le voleur ou tout autre détenteur de la chose pour lui réclamer son bien. Celui qui n'en est que *créancier* a seulement une action en restitution ou en indemnité contre la personne qui le lui devait et qui l'a laissé voler ; il n'a pas d'*action réelle*, opposable à tous, mais une simple *action personnelle* contre le débiteur, qui seul est tenu envers lui. On exprime cette différence en disant que le droit réel confère un *droit de suite* qui manque au droit de créance : le propriétaire *suit* sa chose en quelques mains qu'elle passe (1) : le créancier ne peut pas suivre la chose, il ne peut attaquer que son débiteur.

(1) Ceci est vrai théoriquement ; c'est le principe naturel qui s'applique encore partiellement au cas de vol ; mais, en droit français, il faut tenir compte de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279), qui paralyse souvent la revendication et supprime presque le droit de suite *en matière mobilière*, toutes les fois du moins qu'il s'agit de meubles *corporels*.

Droit de suite et *droit de préférence* : telles sont les deux grandes supériorités du droit réel sur le droit de créance. Ce ne sont pas, comme on le dit souvent, des « attributs » spéciaux, quelque chose d'extrinsèque, annexé au droit réel ; ce sont les formes mêmes de sa *réalité*, c'est-à-dire de son caractère opposable à tous.

2166. Observation sur les mots « jus in re; jus ad rem ». — Pour indiquer la différence de situation entre celui qui est *créancier* d'une chose et celui qui a sur elle un droit *réel*, on dit souvent que ce dernier a un *jus in re*, tandis que le créancier n'a qu'un *jus ad rem*. Ces expressions ont été très employées par nos anciens auteurs (Pothier, *Domaine de propriété*, nos 1 et 2 ; *Communauté*, no 68). On veut exprimer par là que celui qui est simplement créancier d'une chose ne peut l'obtenir que par l'intervention de son débiteur. — Ces expressions, parfaitement inutiles d'ailleurs, ont en outre le tort de faire croire, par leur forme latine, qu'elles sont d'origine romaine, ce qui n'est pas. Elles ont été fabriquées par les commentateurs. Elles tendent à disparaître et ne se trouvent plus guère que dans des ouvrages déjà vieillis (Troplong, *Des biens*, édition de 1839, t. IV, no 225 ; Marcadé, sur l'art. 578).

§ 3. — *De la prescriptibilité des éléments du patrimoine.*

2167. Distinction des droits et des facultés. — On verra que la plupart des éléments qui composent le patrimoine, les droits réels aussi bien que les droits de créance sont susceptibles de se perdre par l'effet d'une *prescription extinctive*, lorsqu'il n'en est pas fait usage pendant un temps prolongé. Mais à ces droits de toute nature qui sont *prescriptibles*, on en oppose certains autres que leur titulaire peut laisser sommeiller sans danger et qui ne se perdent pas, par quelque laps de temps que ce soit. On appelle ces derniers des *facultés* (1).

2168. Exemples de facultés imprescriptibles. — Dunod de Charnage, qui a consacré à ce sujet quelques pages de son *Traité des prescriptions*, a réuni un certain nombre d'exemples de ces facultés. En négligeant ceux qui se réfèrent à des institutions abolies par la Révolution, on peut relever les suivants :

Le droit de *changer le mode d'exploitation de sa propriété*, faire un pré d'un champ ou une vigne d'un pré ; le droit de *bâtir sur son terrain* ; le droit de *se clore* ; le droit de *creuser un puits* ; le droit de *réclamer un passage* quand on possède un fonds enclavé. — Ajoutez le droit de *demander le bornage* (art. 646) ; le droit d'*acquérir la mitoyenneté* (art. 661) ; le droit de *demander le partage* (art. 815).

Telles sont encore la *possibilité d'user des voies publiques*, conformément à leur destination, et la possibilité d'*entreprendre un commerce ou une industrie*, en concurrence avec d'autres établissements précédemment fondés dans la même localité. Dunod de Charnage citait déjà ces exemples (*Prescriptions*, chap. xii, 3e édit., p. 87 et suiv. — Comp. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 238 et suiv.).

2169. Recherche d'un criterium. — A quel signe peut-on reconnaître qu'on a affaire, non pas à un droit périssable, mais à une faculté imprescriptible? Les auteurs anciens ont beaucoup disserté sur ce sujet (2), d'Argentré en particulier. En traduisant ses idées en langage moderne, on peut dire : il y a faculté imprescriptible, lorsqu'il s'agit d'un droit que la loi a entendu accorder d'une façon générale à tous les hommes ; il y a droit prescrip-

(1) « Nam si *jus* est, omnes præscriptionem admittunt ; sin *facultas*, nemo » (D'Argentré, sous 266 A. C., chap. ix, no 4).

(2) Voyez l'analyse de diverses opinions résumées par Dunod de Charnage (p. 88 et suiv.). — Comparez, en sens divers, pour la prescription des facultés *conventionnelles*, Cass., 18 déc. 1900, D. 1901. 1. 251 ; Besançon, 12 déc. 1906, S. 1907. 2. 298.

tible, lorsqu'il s'agit d'une faculté d'agir que la loi accorde exceptionnellement à une personne (1).

A mon avis, les facultés imprescriptibles sont de deux sortes : les unes constituent l'*exercice d'un droit de propriété*, les autres ne sont que la *mise en œuvre de la liberté naturelle de l'homme*. On verra que la propriété peut bien se prescrire par l'usurpation d'un tiers, mais elle ne se perd pas par le simple non-usage.

CHAPITRE II

LES DIVERSES CLASSIFICATIONS DES BIENS

§ 1. — *Notions préliminaires.*

***2170. A quelle condition les choses deviennent des biens.** — Les choses deviennent des « biens » au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont *utiles* à l'homme, mais lorsqu'elles sont *appropriées*. La mer, l'air atmosphérique, le soleil sont des choses indispensables à la vie terrestre ; ce ne sont pas des « biens », parce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une appropriation au profit d'un particulier, d'une ville ou d'une nation. Au contraire, des champs cultivés, des maisons, un étang, des machines ou des meubles usuels sont des « biens ».

Les choses susceptibles d'appropriation sont considérées comme des biens, non seulement quand elles ont un maître, mais même pendant qu'elles n'en ont pas. On dit alors que ce sont des « biens vacants » ou « sans maître » (art. 539 et 713).

2171. Existence de biens incorporels. — Le mot « biens » ne dut désigner primitivement que des *choses*, c'est-à-dire des objets corporels, mobiliers ou immobiliers. Les progrès de la vie juridique l'ont fait sortir de ce sens étroit et primitif ; on lui donne aujourd'hui une portée beaucoup plus large, comprenant *tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation au profit d'un individu ou d'une collectivité*. Spécialement pour les particuliers, les biens ainsi entendus ne seront pas autre chose que l'*actif* de leurs patrimoines.

Dans ce sens large, les biens comprennent les choses les plus disparates, des maisons, des terres, des objets mobiliers, des créances, des rentes, des offices, des droits d'auteur, des brevets d'invention, etc. C'est avec cette compréhension que la loi emploie généralement le mot biens (art. 516, 537,

(1) « Quæ jure publico competunt, ut ire via publica, e fonte publico haurire, simpliciter jura publica dicuntur. Quod singularis hominis est, jus Titii, Sempronii aut alterius dicitur... Id enim jus est quod ad privatum quemquam defertur privative, ita ut non ad alium » (D'ARGENTRÉ, sous l'art. 266 A. C., nº 5). « Nec vero facultas jus ullum proprium aut privatum cujusque præsupponit, nullam præexistentiam commercii aut contractus ; nec uni alicui acquirit, sed multis et omnibus, ut a communi natura, et uni non ut uni, sed ut inter multos » (D'ARGENTRÉ, *Consultatio secunda*, nº 4).

732, 757, 802, 1092-1093, 1392, 1428, 1542, 2092-2093, etc.). Le mot « biens » comprend donc, outre les choses matérielles, un certain nombre de biens incorporels, qui sont des *droits*, comme les créances, les rentes, les offices, les brevets, etc.

2172. Utilité d'une classification juridique des choses. — Le droit n'a à s'occuper des choses matérielles que pour les *classer*, pour faire ce que le Code français appelle « la distinction des biens » (Intitulé du titre I du livre II). Il y a lieu, en effet, de répartir les choses en diverses catégories, parce que les mêmes règles ne sont pas indistinctement applicables à toutes, ni pour la manière de les aliéner et de les acquérir, ni pour les actes que chaque personne peut faire, pendant qu'elle les possède.

§ 1. — *Classifications en usage.*

***2173. Énumération.** — Parmi les diverses classifications en usage, il en est qui concernent uniquement les choses matérielles ; d'autres s'étendent à tous les biens, même à ceux qui ne sont pas des choses.

Les distinctions ayant une portée générale sont au nombre de trois. Les biens sont : 1° *corporels* ou *incorporels* ; 2° *meubles* ou *immeubles* ; 3° *privés* ou *publics*.

Les distinctions qui ne s'appliquent qu'aux choses matérielles sont également au nombre de trois. On distingue : 1° les *choses consomptibles par le premier usage* et celles qui ne le sont pas ; 2° les *choses fongibles* et les *choses non fongibles* ; 3° les *choses appropriées* et celles qui sont *vacantes et sans maître*.

Sur six classifications, il y en a quatre qui ne demandent que de courtes explications ; elles sont exposées dans ce chapitre même. La grande distinction des meubles et des immeubles fait l'objet du chapitre suivant. Quant aux biens du domaine public dont le Code s'est occupé dans les art. 537 à 542, nous nous en occuperons seulement en dernier lieu, après avoir exposé tout ce qui concerne la propriété privée (ci-dessous, nos 3069 et suiv.).

2173 *bis*. **Des universalités.** — Les classifications qui vont être expliquées ne concernent que les choses considérées individuellement. Mais le droit ne s'occupe pas toujours de choses isolées ; assez souvent il considère un ensemble de choses comme reliées entre elles et formant un tout ; ce que les anciens appelaient *universitas*, nous disons en français *universalité*. La principale est le *patrimoine*, envisagé comme *gage des créanciers* du vivant de son propriétaire, ou comme faisant l'objet d'une *transmission héréditaire* après son décès (ci-dessus, nos 2147 et suiv.). Un autre exemple est fourni par les *fonds de commerce* (ci-dessous, n° 2247). On pourrait ainsi considérer comme formant un groupe de choses, c'est-à-dire une *universitas*, un immeuble accompagné de choses mobilières immobilisées à son service (ci-dessous, nos 2210 et 2212).

Les universalités sont régies à certains égards par des règles autres que celles qui s'appliqueraient aux choses diverses qui les composent si on considérait celles-ci isolément, notamment pour les constitutions d'hypothèques, les manières d'acquérir, les voies d'exécution, etc. Voyez la table, V° *Universalité*.

Les anciens distinguaient les *universitates juris*, comme l'hérédité, la dot, le pécule, les *universitates facti*, comme les fonds de commerce. Dans les premières, le lien qui rattachait entre eux les éléments de l'universalité était purement fictif et juridique ; dans les secondes il existait aussi, en fait et réellement, une *universitas facti* n'avait rien d'arbitraire.

Cette distinction paraît n'avoir eu aucune utilité pratique ; en tout cas, elle n'en a aucune aujourd'hui (1). Voyez MAYNZ, t. I, § 30.

A. — Distinction des biens corporels et des biens incorporels.

2174. Ses traces dans le Code civil. — Traditionnellement on établit une grande division parmi les biens : les uns sont des *choses*, on les appelle des *biens corporels* ; les autres sont des *droits*, on les appelle *biens incorporels*. Cette distinction n'est nulle part écrite dans nos lois ; mais les auteurs du Code s'y sont plus d'une fois conformés : par exemple, dans leur classification des meubles et des immeubles, ils énumèrent séparément ce qui est corporel (art. 518 à 525 pour les immeubles, 528 pour les meubles) et ce qui ne l'est pas (art. 526 et 529).

2175. Son origine romaine. — La division remonte au droit romain. Gaius l'exprimait ainsi : « (Res) corporales hæ sunt quæ tangi possunt, velut fundus, vestis, aurum... ; incorporales, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes... » (*Instit.*, II, 13 et 14).

2176. Critique. — Cette distinction n'a pas de sens, car elle consiste à mettre d'un côté les *choses*, de l'autre les *droits*, c'est-à-dire deux catégories qui n'ont aucun caractère commun, étant de natures profondément différentes. Or une classification ne peut servir qu'à distinguer les *parties d'un même tout*. L'opposition faite entre les droits et les choses n'est pas une classification ; c'est un rapprochement incohérent.

***2177. Explication de sa formation.** — Les Romains ont été amenés à une idée aussi étrange parce qu'ils ont confondu le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte. Le droit de propriété, étant le plus complet qu'une personne puisse avoir sur une chose, *s'identifie* pour ainsi dire avec les choses ; il se *matérialise* en elles et apparaît comme étant lui-même quelque chose de corporel. On dit indifféremment « mon bien, ma chose, ma *propriété* », pour dire « la chose dont j'ai la propriété » ; on indique la chose, directement et uniquement, et l'on sous-entend la nature du droit. Aucun autre droit ne permet d'employer ce langage elliptique. On est obligé d'indiquer à la fois la chose et la nature du droit dont elle est l'objet. On dira, par exemple, « la maison sur laquelle j'ai un droit de servitude (ou d'usufruit) ». Le droit, étant ainsi énoncé séparément, garde d'une manière plus visible sa nature incorporelle.

En somme, la distinction romaine se ramène à une *antithèse* entre le *droit de propriété* confondu avec les choses, d'une part, et *tous les autres droits*, d'autre part.

***2178. Utilité actuelle de cette distinction.** — La distinction des « res corporales » et des « res incorporales » avait en droit romain une grande importance, parce que *les choses corporelles s'acquéraient par des modes spéciaux* (*mancipatio*, *traditio*, etc.) qui étaient inapplicables aux droits ; il y avait une séparation absolue entre le domaine des contrats et le domaine de la propriété. Mais dans le droit moderne cette barrière est tombée ; les conventions agissent directement sur la propriété et sur les autres droits réels. Les applications pratiques qui avaient conduit les Romains à adopter cette division ont donc disparu.

On peut cependant lui trouver encore une application qui n'est pas d'origine romaine.

(1) Les anciens y attachaient surtout de l'importance à cause de l'adage : « In judiciis universalibus res succedit pretio et pretium rei, » qui exprimait l'idée de *subrogation réelle* (sur cette subrogation, voyez t. III, n° 922, en note). Mais cette subrogation dépend en réalité de l'affectation du bien à un but déterminé, et elle existe aussi bien pour des choses isolées que pour des universalités. Voyez ci-dessous, n° 2344, en note.

Il est de règle, en droit français, que *l'on ne revendique pas les meubles* : « En fait de meubles, possession vaut titre », dit l'art. 2279. Or cette maxime ne s'applique qu'aux *meubles corporels*, c'est-à-dire aux *choses mobilières*, et non aux droits mobiliers.

B. — Choses consomptibles et choses non consomptibles par le premier usage.

***2179. En quoi consiste la consommation de la chose.** — Cette classification ne concerne que les choses proprement dites, c'est-à-dire les objets corporels. Il en est dont on ne peut pas se servir sans les consommer. Tantôt la consommation est *matérielle*, c'est une *destruction*, comme pour les boissons et autres denrées ; tantôt elle est *juridique*, c'est une *aliénation*, comme pour la monnaie. Au fond c'est toujours un *acte de disposition*, c'est-à-dire un acte tel *que celui qui l'a fait ne peut pas le renouveler*. Aussi dit-on que la chose est « consomptible par le premier usage ». Les choses non consomptibles sont celles qui résistent à un usage même prolongé, comme les maisons, les meubles meublants, les vêtements, les outils de travail. La consomptibilité est donc une *qualité de fait* de certaines choses, qui les rend impropres à devenir l'objet d'un droit de jouissance temporaire, à l'expiration duquel elles se retrouveraient intactes. Cette qualité s'apprécie en considérant la chose isolément, et sans qu'on ait besoin de la comparer avec aucune autre du même genre, ni même de savoir s'il en existe de semblables.

***2180. Utilité de cette classification.** — La distinction des choses consomptibles par le premier usage et de celles qui ne le sont pas s'applique dans deux cas :

1° Usufruit. — L'usufruitier, par la nature de son titre, n'a que le droit de se servir de la chose sans la consommer ; il doit la restituer quand son droit finit ; par conséquent, l'établissement de l'usufruit est impossible sur les choses telles que la monnaie ou les denrées, dont on ne peut se servir qu'en les consommant. On remplace alors l'usufruit par ce qu'on appelle le *quasi-usufruit* (ci-dessous, n°s 2748 et 2749) ;

2° Contrat de prêt. — Quand la chose prêtée doit résister à l'usage qui en sera fait, le contrat prend le nom de « prêt à usage » et l'emprunteur doit restituer la chose même qu'il a reçue ; il est donc tenu de la *conserver* pour la *rendre*. Quand cette chose doit être détruite, comme des denrées, ou aliénée, comme de l'argent, le contrat prend le nom de « prêt de consommation ». L'emprunteur acquiert le *droit de disposer*, parce que, s'il n'avait pas le droit de détruire ou d'aliéner la chose prêtée, le prêt ne lui servirait à rien. En conséquence, il se libérera *par équivalent*, en rendant des choses de mêmes quantité et qualité que celles qu'il avait reçues et qu'il a consommées.

C. — Choses fongibles et choses non fongibles.

***2181. En quoi consiste la fongibilité.** — Deux choses sont dites « fongibles entre elles », *quand l'une d'elles peut être remplacée par l'autre dans un paiement*. Elles ont *même valeur libératoire*, parce qu'il est indifférent au créancier de recevoir l'une plutôt que l'autre. Telles sont *deux pièces de monnaie*, de même poids et de même titre, ayant toutes deux cours

légal pour une même valeur. Quand le débiteur ne peut pas employer indifféremment l'une ou l'autre pour se libérer, les deux choses sont dites « non fongibles ». La fongibilité est donc *un rapport d'équivalence entre deux choses*, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre. A la différence de la consomptibilité (n° 2179 *in fine*), la fongibilité s'apprécie toujours par voie de comparaison entre deux choses.

***2182. Choses douées de fongibilité.** — Il est facile de comprendre que cette qualité ne peut appartenir qu'aux choses qui se déterminent *au nombre*, *à la mesure* ou *au poids*. C'est sur ce caractère que le Code allemand (art. 91) fait reposer sa définition des choses fongibles, qu'il restreint d'ailleurs aux choses mobilières. Telle est, en effet, la condition nécessaire pour qu'on puisse *apprécier leur équivalence*, et forcer le créancier à accepter l'une à la place de l'autre. Quand cette commune mesure fait défaut, la préférence du créancier peut toujours se déterminer par des circonstances particulières, et la fongibilité des choses disparaît.

C'est sur la distinction des choses fongibles et des choses non fongibles que repose l'importante classification des obligations en *dettes de genre* et *dettes de corps certains*. On dit qu'une obligation a pour sujet un « genre » (*genus*), lorsque la chose due est déterminée seulement par sa qualité et sa quantité, comme 100 kilogrammes de blé ou de charbon de terre ; on dit que la dette a pour objet un *corps certain* quand l'objet dû est déterminé individuellement, et que c'est la chose convenue qui doit être livrée au créancier, celle-là même et non une autre. De graves différences, qui seront expliquées en leur lieu, séparent ces deux espèces d'obligations.

2183. Relation habituelle entre la fongibilité et la consomptibilité. — Le plus souvent, les mêmes choses qui sont consomptibles par le premier usage sont en même temps fongibles entre elles. Telles sont la monnaie et les denrées, vins, charbons, blés, bois à brûler, etc. Aussi beaucoup d'auteurs confondent-ils les deux distinctions, et certains Codes étrangers ont fait de même. Le *Code néerlandais* (art. 561) et le *Code espagnol* (art. 337) définissent les biens fongibles « ceux qui se consomment par l'usage ». Dans la pratique, cette confusion a peu d'inconvénients, parce que les deux qualités sont ordinairement réunies dans la même chose.

Cependant on peut trouver des choses fongibles, c'est-à-dire ayant même valeur libératoire, qui ne sont pas consomptibles. Tel est le cas où une Compagnie de colonisation promet à des émigrants un certain nombre d'hectares de terres à prendre dans le territoire dont elle est concessionnaire : elle trouvera plusieurs lots équivalents, qui seront fongibles entre eux, mais non consomptibles.

A l'inverse, on pourrait concevoir pour certains objets de consommation que la fongibilité disparût, la consomptibilité subsistant. Par exemple, le dernier fût provenant d'un cru détruit par le phylloxera ou d'une année exceptionnelle dont la récolte est réputée : comme il est le seul de son espèce, il ne peut être question pour lui de fongibilité, qui suppose la pluralité des choses, et il n'a pas cessé d'être consomptible.

Les deux classifications sont donc bien réellement distinctes et le Code allemand a eu raison de les séparer (art. 91 et 92).

2184. Erreur commune à éviter. — On a prétendu parfois que la fongibilité dépend

de l'*intention des parties* et la consomptibilité de la *nature des choses*. C'est une erreur. L'intention des parties ne suffit pas à rendre fongibles deux choses qui ne s'y prêtent pas par leur nature, comme deux maisons, deux tableaux, etc. Il faut que la chose puisse s'estimer *au poids* ou *à la mesure*, comme le dit le Code allemand ; or c'est la nature des choses, et non l'intention des parties, qui fait qu'elles peuvent se mesurer par unités équivalentes. — Il n'est pas vrai davantage que la *consomptibilité* dépende d'une manière absolue de la nature seule ; l'intention des parties y est pour beaucoup. Il n'y a chose si consomptible qui ne puisse à l'occasion figurer dans un contrat à titre de chose non consomptible. Je puis prêter des pièces de monnaie à un changeur pour qu'il les étale dans sa vitrine ; de beaux fruits peuvent être prêtés pour orner un surtout de table, à la condition qu'on ne les mangera pas, etc. A l'inverse, une chose *non consomptible*, d'après son usage ordinaire, peut exceptionnellement être livrée pour être consommée. La personne qui prête un *livre* pour le lire a le droit d'exiger qu'on lui rende l'exemplaire même qu'elle a prêté, parce que le livre résiste à l'usage pour lequel il a été confié ; mais le libraire à qui un client demande un ouvrage qu'il n'a pas en magasin et qui en fait prendre un chez son confrère pour n'en pas manquer la vente, peut se libérer en restituant un autre exemplaire de la même édition, parce que, pour des commerçants, les volumes du même tirage sont des unités équivalentes : le livre a été remis, non pas pour être lu, mais pour être vendu, c'est-à-dire consommé. Le même objet peut donc être considéré comme étant tour à tour consomptible et non consomptible.

D. — Choses appropriées et choses non appropriées.

2185. Pourquoi il faut s'occuper des choses non appropriées. — En principe, les lois sont faites pour les choses qui font l'objet d'un *droit actuel de propriété*, soit individuelle, soit collective ; celles-là seules sont réellement des *biens*. Mais il existe dans la nature un grand nombre de choses qui n'appartiennent réellement à personne, *des choses qui n'ont pas de maître*. Il y a lieu de s'en occuper au point de vue du droit, soit parce que beaucoup d'entre elles peuvent devenir, d'un moment à l'autre, un objet de propriété et qu'elles le deviennent en effet très souvent ; soit parce que la loi doit régler l'usage de celles qui sont en elles-mêmes inappropriables.

Ces choses se divisent en deux catégories : les *choses communes* et les *choses sans maître*. Ces dernières sont susceptibles de propriété privée ; les premières ne la comportent pas.

1° Des choses communes.

2186. Définition et exemples. — Il y est fait allusion dans l'art. 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. » — Les choses communes ressemblent beaucoup aux choses du domaine public ; elles en diffèrent en ce qu'elles échappent à l'action de l'administration elle-même.

Les jurisconsultes romains en donnaient pour exemples l'*air*, l'*eau courante*, la *mer*. C'est surtout à l'occasion des eaux courantes qu'il y a lieu de formuler des règles juridiques pour déterminer la nature et l'étendue du droit qui appartient sur elles aux riverains. Voyez ce qui est dit ci-dessous du régime des eaux (n°s 2416 et suiv.).

2° Choses sans maître.

2187. Définition. — Ce sont des choses qui, par leur nature, sont susceptibles de propriété privée et que rien n'empêche d'avoir un maître, mais

qui en fait n'en ont pas. Tels sont *les terrains d'un pays inhabité et les animaux sauvages.*

***2188. Difficulté résultant des textes.** — Il y a dans le Code Napoléon deux articles qui pourraient faire croire que ce Code ne reconnaît pas de choses sans maître sur le territoire de la France : ce sont les art. 539 et 713, aux termes desquels « *tous les biens vacants et sans maître* appartiennent à l'État ». Or l'État est quelqu'un ; l'État est propriétaire ; si les choses sans maître lui appartiennent, autant dire qu'il n'y en a pas. C'était bien ainsi que l'entendait le projet de l'an VIII, qui s'exprimait de la sorte justement pour supprimer cette catégorie de choses et pour rendre inutile l'occupation comme manière d'acquérir la propriété (Fenet, t. II, p. 124). Mais le projet fut corrigé sur ce point, à la suite des observations des tribunaux. Il est aujourd'hui reconnu que cette attribution des choses sans maître à l'État concerne uniquement les immeubles, les terrains inoccupés. Il y a donc encore en France des choses sans maître, mais ce sont uniquement des choses mobilières, savoir : le *gibier* (1) ; *les poissons*, *crustacés* et *mollusques* ; les *produits de la mer*, comme le corail et le goémon ; l'*eau pluviale*, au moment où elle tombe ; les *res derelictæ*, c'est-à-dire les objets inutiles, débris ou détritus de toute sorte que l'on jette à la voirie, et sur lesquelles s'exerce l'industrie des chiffonniers. Ne confondez pas cette dernière sorte de choses sans maître avec les objets égarés, qu'on appelle *épaves* ; celles-ci ont un propriétaire, quoiqu'on ne le connaisse pas.

***2189. Condition des petites rivières.** — Jusqu'en 1898, on considérait comme formant une catégorie spéciale de choses sans maître le lit des cours d'eau qui ne sont *ni navigables ni flottables*, ou qui sont seulement *flottables à bûches perdues*, et qu'on appelle habituellement les « petites rivières » ; d'après les arrêts, le terrain occupé par la rivière était *res nullius* (Cass., 8 mars 1865, D. 65. 1. 130, S. 65. 1. 108 ; Cass., 6 nov. 1866, S. 66. 1. 427).

Le Code ne s'étant pas expliqué sur ce sujet, la question de savoir à qui appartiennent les petites rivières est restée longtemps incertaine, et bien que la jurisprudence fût fixée depuis 1846, elle a été encore assez souvent discutée dans la doctrine (2). La question ne se

(1) Les propriétaires ruraux ne sont pas propriétaires du gibier qui vit sur leurs terres. Il en résulte qu'il n'est dû aucune indemnité pour la destruction du gibier pendant les grandes manœuvres (Paris, 23 juin 1904, D. 1905. 2. 9).

(2) Cette controverse a donné lieu à un livre important : *La propriété des eaux courantes et les droits des riverains*, par Championnière, dans lequel l'auteur, après une longue étude du régime féodal et des droits seigneuriaux, arrivait à cette conclusion que les petites rivières appartiennent aux propriétaires riverains. Mais la Cour de cassation se prononça en sens contraire, juste au moment où paraissait son livre, et décida que *les cours d'eau ne sont pas un objet de propriété privée, et qu'ils constituent des choses communes* dont l'usage est commun à tous (Cass., 10 juin 1846, D. 46. 1. 177). Cette jurisprudence paraît réellement, quoi qu'en ait dit Championnière, conforme à nos traditions historiques. Citons seulement : 1° Loysel : « Les grands chemins et rivières navigables appartiennent au roi ; les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres, et les ruisseaux aux particuliers tenanciers » (*Institutes coutumières*, liv. II, tit. II, nos 5 et 6 ; édit. Dupin et Laboulaye, nos 232 et 233). 2° Pothier qui suppose, dans le seul passage où il s'occupe des petites rivières, qu'elles n'appartiennent pas toujours aux riverains : « A l'égard des rivières non navigables, lorsque ce sont les propriétaires des héritages riverains qui sont, chacun en droit soi, propriétaires de la rivière... » (*Traité du domaine de propriété*, n° 164). 3° Les déclarations faites à l'Assemblée constituante, au nom de ses Comités compétents, par Arnoult : « Nécessaires aux besoins

posait d'ailleurs que pour le terrain formant le lit de la rivière ; l'eau qui y court est certainement une chose commune, et le droit d'usage qui appartient aux riverains sur cette eau, d'après l'art. 644, se règle par d'autres principes. Quant au Code civil, loin d'attribuer la propriété des petites rivières aux riverains, il avait concédé isolément à ceux-ci un double droit (droit à l'alluvion, art. 556 et 557 ; droit aux îles nouvelles, art. 561), qui eût été une concession inutile, si le lit de la rivière leur eût appartenu. Il y avait même un texte, l'art. 563, qui serait injustifiable si, dans la pensée des auteurs de la loi, le lit de la rivière était la propriété des riverains. En effet, prévoyant le cas où une rivière change de lit, la loi attribuait, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds submergés, l'ancien lit abandonné. C'eût été une spoliation si ce lit avait été la propriété d'autrui.

Mais *la loi du* 8 *avril* 1898 *a changé entièrement la situation.* Par son art. 3, *elle attribue la propriété du lit aux riverains* (1). Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, le lit se divise entre eux suivant une ligne tracée au milieu du cours d'eau sauf prescription ou usage contraire (Cass., 25 févr. 1907, D. 1908. 1. 281). Comme conséquence de cette innovation, on a modifié l'art. 563, ci-dessus analysé, qui, dans sa rédaction nouvelle, ne s'applique plus aux petites rivières (L. 8 avril 1898, art. 37) (2). On a cependant laissé subsister les art. 556, 557 et 561 sur les îles et alluvions, bien que leurs solutions soient aujourd'hui inutiles et dérivent des règles ordinaires de la propriété.

La disposition adoptée en 1898 est regrettable : on a fait là aux propriétaires fonciers un cadeau bien inutile et qui contribue à rendre plus difficile la solution du problème de la *houille blanche*, qui s'est posé presque au même moment : la loi nouvelle est ainsi arrivée juste à point pour produire un effet fâcheux. Comp. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1903, nº 4, p. 324.

Extraction de matériaux. — En leur qualité de propriétaires du lit de la rivière, les riverains ont le droit de prendre, dans la partie du lit qui leur appartient, tous les produits naturels, et d'en extraire la vase, du sable et des pierres (L. 8 avril 1898, art. 3. al. 3). Cependant leur droit est ici limité par l'obligation de ne pas modifier, par leurs travaux ou excavations, le régime antérieur des eaux (*ibid.*).

Utilisation du lit comme voie de circulation. — L'art. 3, al. final, réserve en outre les droits des riverains et autres intéressés qui se servent du cours d'eau « comme voie d'exploitation pour la desserte de leur fonds ». On peut en effet circuler à pied ou en voiture et faire passer des animaux sur le lit de beaucoup de petites rivières qui sont à peu près à sec les trois quarts de l'année. Voyez à cet égard Grenoble, 31 octobre 1899, D. 1900. 2. 350, et. R. Rougier, dans la *Revue critique*, 1903, p. 104. Comp. ci-dessous, nº 2387. Sur la circulation en bateau, voyez ci-dessous, nº 2418.

2190. Propriété des ruisseaux. — Certaines cours d'appel et quelques auteurs (Demolombe, t. II, nº 142) distinguaient des petites rivières les *ruisseaux* dont l'importance et l'utilité sont bien moindres que celles des rivières, et qui en diffèrent principalement par leur peu de longueur et par l'intermittence de leurs cours. D'après ces arrêts

« de tous, les rivières, non plus que les fleuves, ne peuvent être la propriété d'un seul... Le « droit du propriétaire de la glèbe ne s'étend pas au delà des limites de son champ. Le « cours d'eau, qui en baigne les bords, le confine, mais n'en fait pas partie » (Séance du 23 avril 1791).

(1) On est étonné de la faiblesse des arguments sur lesquels cette solution nouvelle a été fondée. M. Cuvinot a dit au Sénat : « Le lit d'un cours d'eau constitue une zone retranchée de la surface cultivable, mais qui à l'origine faisait évidemment partie des terrains adjacents. Y a-t-il une raison valable pour contester aux riverains la propriété de ce lit? Y a-t-il pour la société un intérêt quelconque à en revendiquer la possession? Votre commission pense qu'il est plus conforme au droit naturel de décider en faveur des riverains. » — Avec un pareil raisonnement on attribuerait aux riverains la propriété de n'importe quel cours d'eau, et même du lit des océans, car, si l'eau n'y était pas, les gens du voisinage s'en seraient emparés. Du reste, la réfutation a été faite en termes excellents par M. Clément (*Journal officiel* du 27 juin 1883).

(2) Il résulte de là que la loi de 1898, ayant modifié l'état antérieur du droit, ne peut pas être appliquée avec rétroactivité, à titre de loi interprétative (Cass., 11 déc. 1901, D. 1902. 1. 353 ; Cass., 11 janv. 1905, D. 1905. 1. 163, P. et S. 1909. 1. 366, avec les notes et les renvois). Plusieurs cours d'appel avaient jugé en sens contraire.

et ces auteurs, le lit des ruisseaux devait être considéré comme une *propriété privée*, qui ne se séparait pas des terrains qu'ils bordent ou traversent. Mais cette distinction ne paraît pas avoir jamais été admise par la Cour de cassation qui traitait tous les cours d'eau non navigables ni flottables comme « res nullius » (1). La question a disparu depuis 1898 : le lit des ruisseaux proprement dits est attribué aux riverains, comme celui des petites rivières.

CHAPITRE III

DISTINCTION DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES

§ 1. — *Généralités.*

****2191. Définitions.** — Les *immeubles* sont les choses qui ont *une situation fixe* ; les *meubles* sont les choses qui n'ont pas cette fixité et qui peuvent être déplacées d'un endroit dans un autre.

Ces définitions ne s'appliquent pas avec une régularité constante. Pour des raisons diverses, la loi répute parfois meubles certaines choses qui, dans la réalité, sont immobilières, comme les récoltes sur pied (ci-dessous, nº 2243) ; à l'inverse elle répute immeubles des choses qui en fait sont mobilières, comme les instruments aratoires et les animaux attachés à la culture, quand ils appartiennent au propriétaire du sol (ci-dessous, nº 2220).

2192. Ancienne terminologie. — Dans notre ancienne langue, on employait volontiers d'autres expressions. Les immeubles s'appelaient des *héritages* (Beaumanoir, chap. xxiii : « Quele coze est mueble et le quele est heritage »). Le mot « héritage », mis pour « immeuble » se rencontre à chaque page dans Pothier, et par son intermédiaire il est passé avec ce sens dans plusieurs articles du Code civil (art. 523, 637, 638, 666, 668, 700, etc.). Toutefois l'usage du xviie siècle ne l'appliquait plus qu'aux fonds de terre, qui sont les immeubles par excellence, et c'est ainsi que l'entend le Code.

De leur côté les meubles étaient anciennement appelés *chatels* ou *cateux* du latin *catalla*, qui a donné dans les provinces du Nord *catels*, *cateux*, *catix*, et dans l'Ouest *chatels*, *chataux* (qu'il ne faut pas confondre avec *chastel* dérivant de *castellum*). Le latin « catallum » semble venir de « capitale », ce qui expliquerait les formes *chaptel* et *cheptel*. Les cateux sont tous les biens meubles (2). Le mot *chatel* ou *cheptel* est resté dans l'usage pour désigner les troupeaux et bestiaux livrés au fermier par le propriétaire, et le Code a pris la peine de régler longuement ce contrat usité dans quelques provinces (art. 1800 à 1831).

A. — Histoire de cette distinction.

2193. Modification du principe de classification. — Pour répartir les choses en meubles et immeubles, nous nous attachons aujourd'hui à *une seule considération*, au caractère purement physique de la *mobilité* ou faculté que possède une chose de pouvoir être

(1) Voyez les arrêts et les auteurs anciens ou nouveaux cités sur cette question dans une note de Dalloz (85. 2. 55), sous un jugement du tribunal de Cosne.

(2) Un bon exemple se trouve dans l'*Assise au comte Geffroy*, ordonnance bretonne de 1185, qui oppose les *catalla* à la *terra* (art. 5). Voir aussi Ducange, *Glossarium latinitatis*, vº Catallum, et Godefroy, *Dictionn. de l'anc. langue française*, vº Chatel. Dans un mandement de 1312, on lit : « Nous voulons que il ne leur tournege à *desheritance* (confiscation des immeubles), ainsi qu'ils amendent le méfait par chatel (condamnation pécuniaire exécutée sur les meubles) » (Séb. Frain, *Plaidoyers*, édit. Hévin, p. 536).

déplacée. L'ancien droit français avait substitué à cette idée *un autre principe de classification*; on tenait compte surtout de la *durée* et de l'*utilité* de la chose comme *productive de revenus*. Au XIIIe et au XIVe siècles, on mettait à part sous le nom d'*héritages*, à cause de leur importance, les biens qui produisent des rentes à leur propriétaire et qui sont en même temps solides et durables. Ceci est très clairement expliqué par Beaumanoir : « L'héritage si sont cozes... qui *valent par anées* as signeurs à qui ils sont, si comme teres gaignables (labourées), bois, prés, vignes, gardins, chans, rentes, fours, moulins, pressoirs, mesons, yaves (eaux), usages, corvées, travers, tonlix (péages), toutes tix cozes sont héritage » (chap. XXIII, nº 3; édit. Salmon, nº 672).

2194. Ancienne classe des cateux. — Avec un pareil principe, la classification ancienne ne pouvait pas concorder avec la classification moderne. C'est ce qui est arrivé : la classe des immeubles a été coupée en deux. On eut, d'une part, les biens les plus importants, à la fois frugifères et durables, qui formaient l'élément solide des fortunes et auxquels on reconnaissait le caractère d' « héritages »; ceux-là étaient entourés de toutes sortes de garanties, surtout dans les successions, où ils suivaient des règles particulières pour leur dévolution. On eut, d'autre part, au-dessous de ces immeubles de prix, les choses immobilières de moindre importance qui constituèrent une catégorie intermédiaire entre les héritages et les meubles. Les principaux représentants de cette catégorie sont certains bâtiments ruraux, tels que granges, étables, et les arbres qui ne sont ni arbres fruitiers ni futaies (Boutillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 74). L'ancienne coutume d'Artois y range même en principe les maisons et ne considère comme héritages que les édifices maçonnés à chaux et à sable (édit. Tardif, tit. XXXIX, nº 9). — Les biens de cette catégorie intermédiaire étaient assimilés aux meubles à beaucoup d'égards, notamment dans les successions, où ils n'étaient pas dévolus aux mêmes parents que les héritages.

Ces biens immobiliers, traités comme les meubles, sont connus dans l'histoire du droit sous le nom de *chatels* ou *cateux*, qui primitivement s'appliquaient à tous les meubles (ci-dessus, nº 2192) et qu'ils ont été seuls à retenir. Il ne faut voir là qu'un phénomène de survivance partielle très fréquent dans les langues. On s'y méprend en général et l'on s'imagine que notre ancien droit possédait une *division tripartite* des biens en héritages, meubles et cateux (1). Les mots « meubles et cateux » n'indiquent pas deux catégories différentes; ils forment une expression inséparable où le sens du mot « cateux » qui se perdait, est éclairci par la présence du mot « meubles » (comp. notre expression : fur et mesure). On disait : « tels biens sont cateux », pour dire : « nous les traitons comme meubles (2). »

****2195. Extension progressive de la division des biens en meubles et immeubles.** — Logiquement, la distinction des biens en meubles et immeubles n'est faite que *pour les choses matérielles*. C'est pour elles seules qu'on peut se demander si elles sont ou non *susceptibles de déplacement*, ce qui est le trait caractéristique du meuble.

En droit romain, cette distinction n'était appliquée qu'aux « res corporales »; mais le droit français lui a donné une extension plus grande; il l'a appliquée même aux *objets incorporels*, c'est-à-dire aux droits : les droits ont été divisés en droits mobiliers et droits immobiliers. La division s'est faite ordinairement d'après la nature de la chose qui fait l'objet du droit, et quelquefois aussi par un choix arbitraire du législateur.

Deux raisons principales ont provoqué cette extension un peu surprenante. Ce fut,

(1) Cette erreur est très ancienne; on la commettait déjà au XIVe siècle. Boutillier dit que « aucuns sages mettent différence entre meubles et cateulx » (liv. I, tit. 74).

(2) L'assimilation de certains immeubles aux meubles explique la mention faite dans quelques textes de *meubles non muables* (*Très ancienne coutume de Bretagne*, Chap. 52. 212, 296 et 297).

d'abord, *l'existence de la communauté de biens entre époux*, qui ne comprenait, en principe, que les meubles ; ce fut, secondement, *l'existence de règles spéciales pour la dévolution des biens par succession*, qui faisaient retourner certains biens, appelés « propres », aux branches de la famille d'où le défunt les avait reçus ; or le caractère de propres ne devant appartenir qu'à des immeubles, les meubles étaient dévolus d'après des règles plus simples. Pour cette double raison, on se trouva amené à répartir tous les biens, corporels ou incorporels, soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles : il le fallait bien, pour savoir si tel bien entrait dans la communauté conjugale, *à titre de meuble*, ou s'il suivait dans les successions les règles des propres, *à titre d'immeuble*.

***2196. Propagation géographique de cette classification.** — Dans le midi de la France, où l'on ne pratiquait pas la communauté, et où l'on avait conservé les règles romaines sur les successions, on n'avait pas éprouvé le même besoin de rendre universelle une classification qui ne s'appliquait par sa nature qu'aux choses corporelles. Par suite, dans les pays de droit écrit, les choses incorporelles composaient, comme en droit romain, une troisième classe de biens, échappant à la division des meubles et des immeubles (JULIEN, *Éléments de jurisprudence*, 1785, p. 148-149). La promulgation du Code a donc propagé dans toute la France un système de classification des biens qui auparavant n'était pas pratiqué partout. Le système français a même pénétré en *Italie* (C. civ. italien, art. 415 et 418) et en *Espagne* (C. civ. espagnol, art. 334, nº 10, et 336).

B. — Intérêts pratiques.

****2197. Grand nombre de ces intérêts.** — La distinction des meubles et des immeubles reçoit des applications si nombreuses qu'il serait difficile de les signaler toutes. Voici seulement les principales :

1º THÉORIES DE LA POSSESSION ET DE LA PRESCRIPTION. — Il y a diverses règles spéciales les unes aux immeubles, les autres aux meubles. La prescription des immeubles demande toujours *un temps assez long*, de 10 à 30 ans, tandis que, dans certains cas, le possesseur d'un meuble en devient propriétaire *instantanément* (art. 2279).

2º FORMES DES ALIÉNATIONS. — L'aliénation volontaire n'est pas soumise aux mêmes règles pour ces deux catégories de biens. Celle des immeubles est en général rendue publique par voie de *transcription* ; aucune publicité n'est exigée en principe pour l'aliénation des meubles.

3º POUVOIR DES ADMINISTRATEURS DU BIEN D'AUTRUI. — La loi leur permet, en général, plus facilement l'*aliénation* des capitaux mobiliers que celle des immeubles ; ceci s'applique par exemple au tuteur.

4º INCAPACITÉS. — Même observation pour les personnes qui jouissent seulement d'une demi-capacité pour la disposition de leurs propres biens : mineurs émancipés (art. 482 et 484), femmes séparées de biens (art. 1449).

5º SAISIES. — La saisie immobilière est longue et coûteuse ; les diverses saisies mobilières sont bien plus rapides.

6º HYPOTHÈQUES. — En principe, les *immeubles* seuls sont susceptibles d'hypothèques. Pour les meubles et valeurs mobilières, on emploie d'autres moyens de crédit, tels que le prêt sur gages ou le nantissement avec dépôt

des titres dans une banque. Cependant, depuis 1874, la loi française permet d'hypothéquer les *navires*, qui sont des meubles.

7° Communauté conjugale. — La distinction des meubles et des immeubles joue un grand rôle pour la *formation de la masse commune*, qui est distincte des patrimoines propres des époux. En principe, les immeubles sont exclus de la communauté, tandis que les meubles y entrent.

8° Régime dotal. — La dot, qui est inaliénable, est soumise à des règles différentes, selon que les biens dotaux sont des meubles ou des immeubles.

9° Testaments. — Très souvent les legs ont pour objet les meubles ou le mobilier ; il importe donc de savoir ce qui est meuble ou immeuble pour déterminer ce qui est compris dans le legs.

10° Compétence. — Le caractère immobilier ou mobilier du bien réclamé en justice détermine souvent la compétence du tribunal, qui est, selon les cas, celui de la *situation du bien immobilier*, ou celui du *domicile du défendeur*, quand c'est un meuble qui est réclamé.

11° Droit international privé. — Diverses questions de droit international se résolvent également d'après la nature mobilière ou immobilière des biens ; notamment la jurisprudence française applique la loi du domicile du défunt pour la dévolution des *successions mobilières*.

12° Droits de mutation. — Le Trésor perçoit des droits plus élevés sur les mutations d'immeubles que sur les mutations de meubles. Toutefois, depuis la loi du 25 février 1901, cela n'est plus vrai que pour les mutations à titre onéreux : les mutations à titre gratuit sont toutes assujetties aux mêmes droits, qu'elles portent sur des meubles ou des immeubles.

***2198. Origine de la maxime « Vilis mobilium possessio ».** — Parmi les différences qui viennent d'être signalées, il en est qui tiennent à la nature des choses, parce que les immeubles ont une assiette fixe, une solidité, une durée que n'ont pas les meubles. Telle est, par exemple, l'impossibilité d'hypothéquer les meubles. Il en est d'autres qui sont plus difficiles à justifier. Celles-ci tiennent à une vieille idée qui a dominé tout notre ancien droit, et qui joue encore un grand rôle dans le droit moderne. Au moyen âge, la terre était le seul élément solide de richesse. L'industrie était peu développée, le commerce peu actif ; les métaux précieux, abondants sous l'empire romain, s'étaient considérablement raréfiés. Les meubles avaient donc peu d'importance, et, sauf un petit nombre d'exceptions, peu de durée. On ne les considérait pas comme une partie sérieuse d'un patrimoine. Aussi disait-on en manière d'adage : « *Res mobilis, res vilis* » ou « *Vilis mobilium possessio* ».

***2199. Son influence sur l'ancienne classification des biens.** — Cette défaveur de la richesse mobilière avait profondément influé sur les institutions juridiques. *La propriété immobilière était entourée de toutes les garanties, de tous les privilèges.* Les faveurs de la coutume étaient pour elle ; on dédaignait les meubles. Il en résulta une sorte de réaction sur la classification elle-même. Pendant longtemps on refusa de considérer comme immeubles des choses qui l'étaient réellement, parce qu'elles ne paraissaient pas dignes de la protection qu'on réservait aux « héritages ». C'est ainsi que dans quelques coutumes, certaines espèces d'arbres et de constructions n'étaient pas réputées immeubles (Boutillier, *Somme rural*, lib. I, tit. 74). A l'inverse, dans les siècles suivants, quand parurent dans les patrimoines des valeurs considérables qui auraient dû être rangées parmi les meubles,

comme les *offices* et les *rentes constituées*, on les déclara immeubles, pour leur assurer les mêmes garanties qu'aux héritages.

***2200. Son influence fâcheuse sur la rédaction du Code.** — La tradition coutumière était encore toute-puissante au moment de la Révolution, et le Code l'a largement subie. L'exemple le plus remarquable était le *défaut de protection de la fortune mobilière des mineurs en tutelle* : avant 1880, il était permis à un tuteur d'aliéner librement, sans autorisation ni contrôle, des centaines de milliers de francs de titres appartenant à son pupille. Or il s'est opéré, depuis le XVIIIe siècle, *un changement économique considérable dans la composition des fortunes privées.* Le développement du commerce et de l'industrie, la création des valeurs de Bourse et autres valeurs mobilières, ont donné aux meubles, en peu d'années, une importance imprévue. La richesse mobilière se chiffre aujourd'hui par milliards, et elle est probablement supérieure à la richesse foncière. Les rôles sont renversés. Sans doute, elle comporte une facilité de circulation qui rend impropres pour elle les formes et les garanties souvent pesantes qui protègent la richesse immobilière, mais ce n'est pas une raison pour que le législateur la dédaigne. L'axiome : « Res mobilis, res vilis » a cessé d'être vrai. Qu'était la richesse immobilière d'un seigneur féodal, qui percevait des rentes sur quelques paroisses, auprès des capitaux accumulés dans nos grandes maisons de banque, et dans nos grandes sociétés d'industrie ou de commerce?

Il est résulté de ce changement économique que la loi française, pour avoir conservé ses tendances anciennes, s'est trouvée en désaccord avec les faits. La loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des incapables, a fait disparaître l'effet le plus choquant; mais il en reste bien d'autres qu'on devrait effacer. Chose curieuse, le législateur le plus moderne subit encore à son insu la vieille tradition coutumière. Ainsi, la loi du 21 mars 1884, art. 6, défend aux syndicats professionnels de posséder des immeubles ; elle ne leur défend pas de posséder des capitaux mobiliers. Alors, à quoi bon la prohibition? On pourrait adresser la même critique au décret du 26 mars 1852, art. 8, sur les sociétés de secours mutuels approuvées, et à la loi du 1er avril 1898, qui a maintenu ce régime en l'appliquant aux sociétés non approuvées (art. 15).

§ 2. — *Des immeubles.*

****2201. Énumération des diverses sortes d'immeubles.** — Les premiers à signaler sont des *choses*, c'est-à-dire des biens corporels. Parmi eux, nous distinguons deux sortes d'immeubles :

1° Le caractère immobilier des choses dépend en principe de leur nature : l'immobilité est un fait que le droit constate sans le créer. Par conséquent, la première classe d'immeubles, celle qui a servi de point de départ pour constituer les autres, comprend les choses qui sont *immeubles par leur nature* (1).

2° Certaines choses, qui sont mobilières par leur nature, ont été, en outre, classées parmi les immeubles *à cause de leur destination*, qui fait d'elles les accessoires d'un immeuble.

(1) A proprement parler, il n'y a pas de choses qui soient absolument immeubles, car les éléments mêmes qui composent le sol, roches, sables, minerais, terre végétale, peuvent être déplacés. Quand on creuse un canal, quand on fait des travaux de nivellement, c'est le sol qu'on transporte. En Amérique, les ingénieurs ont déplacé des constructions importantes sans les démolir ; à Paris même, la fontaine du Palmier, sur la place du Châtelet, a été reculée tout entière pour l'ouverture du boulevard de Sébastopol. Mais le droit ne considère pas la possibilité du mouvement avec la même rigueur que la mécanique. Il admet comme immeubles les choses qui le sont d'*une manière durable et habituelle*, *celles dont la fonction est d'être immobiles*, encore bien qu'elles puissent être accidentellement déplacées par des moyens extraordinaires.

Là s'arrête la liste des choses corporelles traitées comme immeubles. Mais, ainsi qu'on l'a vu (ci-dessus, n° 2195), cette distinction a été étendue aux choses incorporelles, c'est-à-dire aux droits ; par suite, il existe encore *deux autres catégories d'immeubles* :

3° Un droit est considéré comme immobilier quand son *objet* est immobilier.

4° Enfin certains droits, dont l'objet est mobilier, peuvent encore devenir immeubles par une *déclaration* émanée de leur propriétaire.

Cela fait donc en tout quatre catégories : immeubles *par nature* ; immeubles *par destination* ; immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent* ; immeubles *par déclaration*.

Peut-être y a-t-il lieu de faire une cinquième catégorie pour la *redevance des mines*, qui ne rentre dans aucune des catégories précédentes et qui n'est immobilière que par *annexion* ou *accession*.

Le Code civil n'a prévu que les trois premières classes (art. 517). Les deux dernières sont de création plus récente.

A. — Immeubles par nature.

2202. Énumération. — Sont immeubles par leur nature : 1° *les terrains* ; 2° les *végétaux* adhérents au sol ; 3° les *édifices*.

1° Terrains.

***2203. Leur dénomination dans le Code.** — Les terrains (urbains ou ruraux) sont les immeubles par excellence. Dans l'art. 518, le Code les appelle des *fonds de terre*, par opposition aux bâtiments. Dans maint article, en faisant allusion à ce genre d'immeubles, la loi emploie le mot *fonds* d'une manière absolue (art. 522, 524, 640, 641, etc.).

Ce mot, très fréquent dans la langue du droit, vient du latin, où le mot *fundus* désignait originairement un domaine rural, considéré comme formant une unité pour son exploitation ; mais le sens du mot s'était élargi. La *Lex Julia de fundo dotali* s'appliquait aux maisons de ville aussi bien qu'aux domaines ruraux ; comparez la définition de Florentinus : « Fundi appellatione omne ædificium, omnis ager continetur » (*Dig.*, liv. L, tit. 16, fr. 211). Les auteurs modernes, et le Code lui aussi, font de même et emploient parfois le mot « fonds » pour désigner indifféremment les maisons et les terres. Ainsi les art. 523 et 525 parlent de tuyaux, de glaces et autres objets scellés ou cloués dans une maison, et disent qu'ils sont « attachés au fonds ».

***2204. Superposition possible de deux fonds distincts.** — Dans notre législation, les *gisements miniers*, quand ils sont *concédés*, constituent une propriété distincte de la surface. Il existe alors deux immeubles superposés, la *mine* et la *surface* (L. 21 avril 1810). La mine forme un second immeuble, qui est, comme la surface, un immeuble par nature et du même genre que le terrain qui la recouvre.

2° Végétaux.

***2205. Silence du texte.** — Tous les végétaux qui poussent sur la terre sont immeubles, *tant qu'ils sont adhérents au sol*. Cette règle s'applique aux

plus humbles plantes comme aux plus grands chênes des forêts. Le Code français suppose la règle, mais ne l'exprime pas d'une manière générale ; il en fait seulement l'application aux *récoltes* et aux *fruits*, « pendants par branches ou par racines », selon la formule usuelle (art. 520). Les Codes étrangers en font au contraire une disposition expresse (C. italien, art. 410 ; C. espagnol, art. 334-2° ; C. allemand, art. 94).

***2206. Condition de leur immobilisation.** — Les végétaux sont immeubles à la condition de pousser leurs racines *dans le sol même* ; par conséquent, *les plantes et arbustes placés dans des pots ou des caisses sont meubles*, alors même que la caisse ou le pot serait pendant la belle saison enfoui en terre. Mais il n'est pas nécessaire, quand la plante est mise en terre, qu'elle doive y rester définitivement. Ainsi *les arbres d'une pépinière sont immeubles*, bien qu'ils soient destinés à être un jour déplacés.

3° Édifices.

***2207. Définition.** — Par « édifices » il faut comprendre non seulement les *bâtiments proprement dits*, tels que les maisons d'habitation, magasins, ateliers, hangars, granges, etc., mais aussi *les travaux d'art de toute espèce*, tels que ponts, puits, fours, digues, barrages, tunnels, etc. Par conséquent, il faut définir ici les édifices : *tout assemblage de matériaux consolidés à demeure, soit à la surface du sol, soit à l'intérieur.*

***2208. Condition de leur immobilisation.** — Les édifices sont immeubles *quelle que soit la personne qui les a élevés*, alors même que ce ne serait pas le propriétaire du terrain. Il y aurait à examiner une autre question que celle de la *nature* du bien ; c'est la question de *propriété* : à qui appartiennent les édifices élevés par une personne sur le sol d'autrui? C'est un autre point de vue que nous retrouverons plus tard.

Pour qu'une construction soit immobilière, il n'est pas nécessaire qu'elle soit élevée à *perpétuité*. Ainsi les bâtiments construits pour une *exposition* sont immeubles, quoiqu'ils soient destinés à être démolis au bout de quelques mois, parfois même au bout de quelques semaines. Mais les constructions *volantes*, établies à la surface du sol pour quelques jours et réédifiées ailleurs, de place en place, telles que les *baraques de foire*, la *tente d'un cirque de passage*, ne sont pas des immeubles, puisque ces édifices légers n'ont pas de place fixe. Ils sont meubles, alors même qu'on leur donnerait une certaine adhérence au sol, à l'aide de cordes et de piquets, pour résister aux coups de vent.

2209. Choses réputées immeubles comme faisant partie du bâtiment. — La nature immobilière s'étend à toutes les parties du bâtiment, à toutes les pièces et appareils qui font corps avec lui et qui sont destinés à le compléter. Ainsi les *balcons*, les *gouttières*, les *marquises*, les *girouettes*, les *paratonnerres*, etc., sont immeubles par leur nature : ce sont des parties de la maison, qui sans elles serait incomplète. « Il lui manquerait quelque chose », comme disait Pothier (*Communauté*, nos 54, 57, 59 et 60). Les *tuyaux* servant à la conduite des eaux sont aussi immeubles par nature, et non pas seulement immeubles par destination, malgré la place que l'art. 523 leur donne entre les art. 522 et 524, qui tous deux s'occupent d'immeubles par destination.

B. — Immeubles par destination.

****2210. Définition.** — On appelle « immeubles par destination » des objets qui sont *mobiliers par leur nature*, mais qui sont *considérés comme immobiliers, à titre d'accessoires d'un immeuble auquel ils se rattachent.* En fait, ils conservent leur nature mobilière ; ils diffèrent donc des immeubles par nature, en ce que *leur immobilisation est purement juridique et fictive*, et non pas matérielle et réelle.

Rationnellement, la notion des immeubles par destination est claire ; mais les textes la rendent confuse, en y faisant rentrer des choses qui sont de vrais immeubles par nature.

***2211. Formation de cette théorie.** — Ses origines sont lointaines. Beaucoup de solutions étaient déjà données par les jurisconsultes romains pour le cas de vente ou pour le cas de legs d'une maison ou d'un fonds (*Dig.*, liv. XIX, tit. 1, fr. 13 à 18 ; liv. XXXIII, tit. 7). Mais il semble que les anciens se soient contentés de rechercher quels accessoires devaient être *compris dans la vente ou dans les legs*, et non pas quelles choses devaient être considérées comme immobilières ; ils se préoccupaient d'*interpréter l'étendue d'un contrat ou d'un legs* et non de *classer les choses* en meubles et immeubles (1). Nos anciens auteurs coutumiers reprirent leurs principales solutions, en les développant, en les modifiant et surtout en y ajoutant cette idée nouvelle, que l'accessoire, étant devenu inséparable du fonds, *lui emprunterait en outre sa nature immobilière* (Boutillier, *Somme rural*, tit. 74 ; *Grand coutumier*, liv. II, chap. 18 ; Gui Coquille, *Institution au droit des Français*, édit. de 1666, p. 96 ; édit. de 1703, p. 78). De nombreux textes de coutumes avaient statué sur des cas particuliers (voyez le relevé fait par Gui Coquille). Pothier essaya de mettre un peu d'ordre dans toute cette matière en formulant une série de règles (*Traité de la communauté*, nos 35 à 65). Mais ce qu'on n'a pas aperçu, et ce qui cause beaucoup d'erreurs d'interprétation, et même une erreur législative que je signalerai plus loin, c'est que les coutumes et les anciens auteurs s'attachaient uniquement à décider si telle chose était meuble ou immeuble, tandis que le droit moderne fait une différence entre les choses qui sont immeubles par leur nature et celles qui le sont seulement par leur destination (ci-dessous, nos 2214 et 2229).

****2212. Motifs de la fiction d'immobilisation.** — Pourquoi considère-t-on comme immeubles des objets qui, dans la réalité, sont mobiliers? Il y en a une *raison pratique* : on a voulu éviter que les objets mobiliers, qui sont les accessoires obligés d'un fonds, n'en soient *séparés*, contrairement à la volonté du propriétaire et *au détriment de l'utilité générale.* Il importe que ces accessoires suivent le fonds, pour que celui-ci puisse rendre tous les services dont il est susceptible.

Cette séparation fâcheuse pourrait se faire de plusieurs façons :

1° En cas de saisie. — Les créanciers auraient pu pratiquer sur ces objets une *saisie mobilière*, qui est plus simple et plus facile que la saisie immobilière et, en les enlevant à leur propriétaire, mettre celui-ci hors d'état d'exploiter son bien.

(1) Voici les principales règles formulées par eux : « Ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium vel propter ædes habentur » (Ulpien). « Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet ; ædium autem multa esse, quæ ædibus adfixa non sunt » (Ulpien). « Pisces, qui sunt in piscina, non sunt ædium nec fundi, non magis quam pulli aut cætera animalia quæ in fundo sunt » (Pomponius et Ulpien).

2° En cas de partage. — Ces objets auraient pu être *mis dans des lots différents*, ce qui aurait amené le même inconvénient.

3° En cas de mariage. — Ces objets, étant meubles, seraient *tombés dans la communauté* et auraient pu être vendus par le mari ou saisis par ses créanciers, le fonds seul restant propre à la femme.

4° En cas de legs. — Le *légataire du mobilier* aurait pu les enlever aux héritiers, qui n'auraient eu le droit de garder que le fonds, à titre d'immeuble.

***2213. Inutilité de cette création.** — La classe des immeubles par destination, qui est une source de difficultés constantes, est peut-être la création la plus inutile du droit moderne. Il suffisait d'admettre que les accessoires mobiliers d'un fonds, destinés à son exploitation, ne peuvent pas en être séparés sans la volonté du propriétaire, lorsque le fonds et les accessoires appartiennent à la même personne. Il n'y avait aucune nécessité de méconnaître la classification naturelle des choses en meubles et immeubles, ce qui conduit à une conséquence injuste en matière fiscale (voyez le numéro suivant). Cette nécessité existait si peu qu'on n'en a pas senti le besoin dans l'hypothèse inverse, celle où un immeuble se trouve être l'accessoire d'un meuble, et qui est réalisée dans les créances hypothécaires, où l'hypothèque, droit réel immobilier, est attachée à un droit mobilier : l'hypothèque suit la créance partout, dans les legs, dans les communautés, dans les partages, sans perdre pour cela sa propre nature, qui est immobilière.

***2214. Différence entre les immeubles par nature et les immeubles par destination.** — L'immobilisation qui résulte de la seule destination des choses n'est pas aussi parfaite que celle qui résulte de leur incorporation matérielle dans un bâtiment. Les choses immobilisées par leur destination sont bien, *en principe*, traitées comme immeubles : ainsi, quand l'immeuble est hypothéqué par son propriétaire, l'*hypothèque* s'étend à « tous les accessoires réputés immeubles » (art. 2118-1°), même quand ils ne sont immeubles que par destination ; ainsi encore, quand le fonds est vendu avec ses accessoires, le *fisc* perçoit le même droit sur les immeubles par destination que sur l'immeuble principal ; ces sortes de choses, étant considérées comme immeubles, ne peuvent pas bénéficier du droit établi pour les mutations mobilières, dont le tarif est moins élevé que celui des immeubles.

Cependant il y a quelques différences :

1° Quand la chose mobilière attachée à un fonds par sa destination provient d'un achat dont le prix n'est pas encore payé, *le vendeur de cette chose conserve sur elle son privilège*, parce que la chose vendue n'a pas perdu son individualité ; elle subsiste encore sans modification dans sa nature. Au contraire, ce privilège du vendeur serait perdu, si la chose avait été incorporée matériellement à l'immeuble. Il y a là une différence toute naturelle entre le vendeur qui a livré des matériaux de construction, et celui qui a fourni des bestiaux ou des outils et machines ; les matériaux une fois employés et devenus immeubles par nature n'ont plus d'existence distincte ; il n'y a plus ni briques, ni pierres à bâtir, ni bois de construction ; il y a une maison, dont ces matériaux sont devenus partie intégrante. Au contraire, les bestiaux et les outils ont conservé leur nature propre et leur individualité, ce qui permet de maintenir son privilège au vendeur.

2° Au cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*, la partie expropriante n'est pas tenue en principe de payer la valeur des choses qui ne sont immeubles que par leur destination, parce que ces objets, continuant toujours en fait à exister comme meubles, conservent leur valeur et leur utilité, même indépendamment de l'immeuble. Il n'y a d'exception que pour les objets qui ne pourraient pas être commodément transportés ou qui subiraient une trop grande dépréciation par l'effet de leur enlèvement. Au contraire, l'indemnité d'expropriation comprend nécessairement tout ce qui est devenu immeuble par nature à la suite d'une incorporation au sol ou au bâtiment.

On pourrait croire qu'il y a également une différence au point de vue du *vol*. Le vol,

d'après une définition vingt fois séculaire, n'est possible que pour les meubles. Il n'est pas douteux que les immeubles par destination, conservant en fait leur nature mobilière, puissent faire l'objet d'un vol. Par exemple, des animaux attachés à la culture, des instruments aratoires, etc., peuvent être volés ; mais ceci ne crée aucune différence entre les deux classes d'immeubles. En effet, les *immeubles par nature* eux-mêmes peuvent faire l'objet d'un vol, à la condition d'être *préalablement détachés* : ainsi on peut voler des fruits pendants aux arbres, du plomb ou du zinc servant de tuyaux ou de gouttières dans une maison, etc., toutes choses qui sont immeubles par nature. C'est qu'alors il y a deux actes successifs : la séparation matérielle, qui donne à ces objets la nature mobilière, et leur enlèvement, qui constitue le vol. Ce dernier porte sur un meuble.

****2215. Conditions de l'immobilisation.** — Ces conditions sont au nombre de deux seulement. Il faut :

1° *Que l'immeuble et le meuble appartiennent à la même personne* ;

2° *Qu'un rapport de destination soit établi entre eux.*

1° Première condition : identité de propriétaire.

****2216. La règle et ses motifs.** — Cette condition est implicitement indiquée par les textes. Les art. 522, 524 et 525 supposent toujours que c'est le *propriétaire* qui a placé la chose sur le fonds, ce qui implique que le meuble immobilisé lui appartient, aussi bien que le fonds. Par conséquent, les choses qui appartiennent à un *locataire*, à un *fermier* ou à un *usufruitier*, ne sont jamais considérées comme devenues immeubles par destination, même quand elles se trouvent en fait employées au même usage que celles qui sont traitées comme immeubles.

Pour expliquer cette règle, la plupart des auteurs disent : le propriétaire seul *peut* faire des immeubles par destination ; aucune autre personne n'a *le même pouvoir* ; « la raison en est que l'immobilisation par destination a lieu dans l'intérêt permanent du fonds ; or le propriétaire seul est le représentant de cet intérêt » (Baudry et Chauveau, *Des biens*, n° 59). C'est là une *raison imaginaire* : la véritable raison est que *la question d'immobilisation ne se pose pas pour les objets mobiliers qui appartiennent à une personne non propriétaire du fonds* ; la question n'existe que lorsque la chose mobilière est *dans le même patrimoine* que la propriété du fonds ; c'est alors seulement qu'on peut se demander si elle en est ou non une dépendance. Toute l'histoire de la théorie est là pour le prouver, et cela ressort encore de la nature des intérêts pratiques qui ont fait admettre cette classe d'immeubles. En somme, cette première condition est *une des données de l'hypothèse*, et non pas un *moyen de solution*. Il en résulte que la seconde condition est en réalité la seule.

2217. Application au possesseur non propriétaire du fonds. — L'immobilisation par destination est sans influence sur la question de propriété, quand le propriétaire du fonds n'est pas le propriétaire du meuble ; elle ne peut avoir d'effet que pour empêcher la séparation du fonds et de ses accessoires, quand ils appartiennent au même patrimoine. Cette observation peut servir à résoudre une hypothèse débattue. On demande si le *pos-*

sesseur du fonds, lorsqu'il n'en est pas propriétaire, peut faire des immeubles par destination. Il faut *distinguer* : dans ses rapports avec le véritable propriétaire, l'immobilisation ne se comprendrait même pas ; le propriétaire ne peut revendiquer que le fonds, qui seul lui appartient, et non les choses mobilières que le possesseur y avait placées pour son exploitation. Au contraire, ces mêmes choses doivent être considérées comme immobilisées, dans les rapports du possesseur avec les tiers pour lesquels il se gère comme propriétaire du fonds. Il est alors *loco domini* et le fonds dont il n'est que possesseur est traité comme lui appartenant.

2° Seconde condition : rapport de destination entre le meuble et l'immeuble.

****2218. Deux manières d'établir ce rapport.** — Dans le système de la loi française, ce rapport de destination peut être établi de deux façons différentes : 1° *sans aucune attache matérielle*, par la seule affectation du meuble au service du fonds ; 2° *au moyen d'une attache matérielle* fixant le meuble à perpétuelle demeure.

a. — *Premier mode : Affectation du meuble au service de l'immeuble.*

****2219. En quoi doit consister cette affectation.** — Sa nature est éminemment variable. Le Code emploie une formule très large dans l'art. 524, al. 1er, en parlant des objets que le propriétaire a placés sur le fonds « *pour le service et l'exploitation de ce fonds* ». Dans la suite de l'article, la loi en indique diverses catégories ; mais son énumération n'a rien de limitatif, comme le prouve la tournure qu'elle emploie : « Ainsi sont immeubles par destination... » Ce ne sont que des exemples.

Les expressions générales (service et exploitation), qui figurent dans l'al. 1er, doivent seules être prises en considération. Bien que la loi n'ait prévu dans la suite du texte que l'*exploitation agricole* et l'*exploitation industrielle*, il n'est pas douteux qu'il en soit de même de toute espèce d'exploitation, notamment de l'*exploitation commerciale* et même de ce qu'on pourrait appeler l'*exploitation civile*, comme celle des *maisons de rapport* qui sont destinées à être louées. Il faut même aller plus loin. Indépendamment de toute idée d'exploitation, le *simple usage* d'une maison d'habitation et de ses dépendances suffit pour établir un rapport de destination entre l'immeuble et certains accessoires mobiliers indispensables à son service. Le mot « service », qui figure dans le texte à côté du mot « exploitation », suffit pour nous y autoriser.

La nature des services que le meuble procure est donc si variée qu'elle ne peut être prévue complètement par aucune énumération ; mais il y a tout au moins *une condition générale* à poser : c'est que la chose mobilière, pour être immobilisée, doit être *employée au service du fonds, et non au service de la personne.* C'est à cette condition seulement qu'elle pourra être considérée comme un accessoire de l'immeuble. Exemple : les *chevaux de luxe* et la *voiture particulière* d'un industriel ne sont pas immeubles par destination, même quand ils sont logés dans une dépendance de l'usine ; ils font partie du mobilier personnel du maître. L'immobilisation n'a lieu que pour les chevaux et voitures employés dans l'usine à des usages industriels.

***2220. Exploitation agricole.** — C'est pour les objets employés à l'agriculture que la nomenclature est la plus riche, dans la loi et dans les auteurs, parce que c'est surtout pour eux qu'on s'est préoccupé, dans l'ancien droit, de la question d'immobilisation. L'art. 524 énumère :

1° Les *animaux attachés à la culture.* — Ce sont les *bêtes de labour et de trait* : bœufs, chevaux, ânes, mulets. — En principe, il ne faut pas comprendre dans cette catégorie les animaux qui sont *simplement nourris* sur le fonds pour être ensuite vendus, tels que les animaux de boucherie et les animaux de basse-cour (lapins, volailles, etc.). Ceux-ci sont non pas un moyen d'exploiter le fonds, mais un moyen d'en consommer les produits sur place au lieu de les vendre. Cependant il a été jugé qu'on devait considérer comme immeubles par destination : 1° les *troupeaux de moutons des landes*, attachés à des fonds qui resteraient improductifs s'ils ne servaient pas à les nourrir (Bordeaux, 14 déc. 1829, S. 30. 2. 70) ; 2° *les vachès de fromageries* (Aubry et Rau, § 164-2°, p. 13).

2° Les *ustensiles aratoires.* — Cette disposition est une innovation du Code. Dans l'ancien droit on ne considérait comme immeubles, dans le matériel agricole, que « les cuves et autres gros ustensiles » qui sont « enfoncés en terre » ou tellement attachés qu'il ne serait pas facile de les enlever (Pothier, *Communauté*, nos 49 et 50). — D'ailleurs, la disposition de l'art. 524 ne s'applique qu'aux instruments agricoles proprement dits, et non aux outils de jardinage, qui, à moins de circonstances exceptionnelles, doivent être considérés comme faisant partie du mobilier.

3° Les *pressoirs*, *chaudières*, *alambics*, *cuves* et *tonnes.* — C'est le gros matériel agricole déjà considéré comme immeuble dans l'ancien droit ; mais le droit moderne n'exige plus, comme le faisait l'ancien, que ces objets soient adhérents au sol. — Ce texte ne s'applique qu'aux gros fûts qui servent à loger la récolte dans le cellier, sans en sortir. Les barriques ordinaires, qui sont destinées à être vendues en même temps que la récolte, sont meubles.

4° Certaines *catégories d'animaux*, qui vivent dans des endroits fixes : savoir les *lapins* des garennes, les *poissons* des étangs, les *abeilles* (avec leurs ruches), les *pigeons* des colombiers. Tout ceci est emprunté à l'ancien droit. Boutillier et Gui Coquille parlaient déjà des lapins des garennes et des poissons d'étangs comme faisant partie de l'immeuble.

Pelet, de la Lozère, avait proposé de faire figurer dans l'énumération, à côté des ruches d'abeilles, les vers à soie des magnaneries. La proposition fut rejetée pour trois raisons, qui étaient toutes les trois mauvaises (Fenet, t. XI, p. 30). L'énumération de l'art. 524 n'étant pas limitative, rien n'empêche d'admettre pour eux l'immobilisation, malgré le silence calculé de la loi, et c'est ce que font beaucoup d'auteurs. — En tout cas, le Code rural (L. 4 avril 1889, art. 11) défend de saisir les vers à soie pendant leur travail et les feuilles de mûrier qui leur sont nécessaires. On a même considéré comme immeuble tout gibier enfermé dans un parc (Aubry et Rau, t. II, § 164, p. 15, note 51).

5° Certains produits destinés soit aux *semences*, soit à *l'engrais* (pailles et engrais). Mais il n'en est pas de même des pailles destinées à la nourriture des animaux ; c'est ce que prouve la suppression du mot « foins » qui figurait dans le projet.

6° Ajoutez à l'énumération de la loi les *échalas des vignes* et les *perches à houblon.*

***2221. Exploitation industrielle.** — Le Code l'a prévue, mais il l'a réglée brièvement en une seule ligne : « Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des *forges*, *papeteries* et *autres usines.* » Si la loi a été aussi brève, c'est qu'à l'époque du Consulat l'emploi des machines dans l'industrie était encore peu développé, puisqu'on ne connaissait ni la vapeur ni l'électricité. Mais comme la formule de la loi est générale, sa disposition peut s'appliquer à tout l'outillage industriel (Cass., 29 juill. 1902, S. 1902. 1. 501 ; Bordeaux, 24 déc. 1902, D. 1905. 2. 422 et les renvois).

Cependant il faut *une condition dont la loi ne parle pas*, mais qui a été implicitement admise par les auteurs du Code (voyez les observations échangées par Miot, Defermon et Treilhard, dans FENET, t. XI, p. 6). Il doit y avoir une *appropriation du bâtiment, spécialement construit et aménagé pour loger les machines et appareils qu'il renferme*. Ainsi, les *métiers de tisserands* et autres machines plus ou moins portatives, qui peuvent se loger dans une chambre quelconque, ne deviennent pas immeubles par destination quand le tisserand habite sa propre maison. Sont meubles, à plus forte raison, les outils manuels qu'un ouvrier peut transporter avec lui. Mais quand le bâtiment présente par son mode de construction un caractère nettement industriel, qui le rendrait impropre à d'autres usages, on doit décider que l'immobilisation ne frappe pas seulement les grosses pièces de sa machinerie, et qu'elle s'étend à tout ce qu'il renferme, si mobile que cela soit, comme le menu outillage, ainsi que les *camions*, *wagonnets*, etc., et même les *chevaux* (Cass., 24 janv. 1912, D. 1913. 1. 337). — Il existe, du reste, pour les chevaux un texte spécial dans la loi sur les mines (L. 21 avril 1810, art. 8), qui répute immeubles ceux qui sont attachés à une exploitation minière.

2222. Exploitation commerciale. — Celle-ci est tout à fait en dehors des prévisions littérales du texte. Mais comme la loi ne distingue pas, dans sa disposition fondamentale (art. 524, al. 1), quel est le genre d'exploitation qui entraîne immobilisation, il n'y a pas lieu de la rejeter.

En fait, elle est beaucoup plus rare que les deux précédentes, parce que la plupart des commerces peuvent s'exercer dans un local quelconque et qu'il n'y a pas de relation nécessaire entre le bâtiment et le matériel qu'il renferme. Cependant elle n'est pas sans exemples : on rencontre parfois des bâtiments disposés tout exprès pour l'exploitation d'un commerce déterminé ; on peut donc admettre pour eux l'immobilisation par destination, quand le matériel qui les garnit appartient au même propriétaire que l'immeuble. Le cas s'est présenté jusqu'ici pour des *hôtels* et *maisons meublées*, des *casinos* de villes d'eaux ou de bains de mer, des *établissements de bains*. Ce genre de constructions tend à se multiplier : un nombre toujours croissant de commerces variés (grands magasins de nouveautés, maisons de gros) se font construire des hôtels, presque des palais, spécialement et somptueusement aménagés pour leur genre d'affaires. C'est une des formes de la réclame et du besoin moderne du confort. — Cependant la jurisprudence est hésitante. Quelques cours (Caen, 1er avril 1879, S. 80. 2. 231 ; Alger, 26 mai 1909, D. 1913, 2. 6) ont admis l'immobilisation que la Cour de Toulouse a rejetée (15 mai 1879, D. 79. 2. 176, S. 80. 2. 331). La Cour de cassation décide qu'il y a là une question de fait et d'intention (Cass., 31 juill. 1879, D. 80. 1. 273 ; Cass., 9 déc. 1885, D. 86. 1. 125, S. 86. 1. 201 ; Cass., 2 août 1886, D. 87. 1. 293, S. 86. 1. 417). Comp. pour le matériel spécial employé dans les *chais* ou dans les brasseries, Cass., 8 déc. 1885, D. 87. 1. 294, S. 86. 1. 202 ; Cass., 24 janv. 1912, D. 1913. 1. 337. On devrait faire, le cas échéant, l'application de ces décisions aux machines, décors et accessoires des *théâtres*.

2223. Service ordinaire de la maison. — Dans les maisons et autres bâtiments d'habitation, il existe un assez grand nombre d'objets mobiliers qui servent à la *commodité* ou à la *sûreté* des habitants et qui ne peuvent pas en être séparés. EXEMPLES : les *clés* des portes ; les *volets* et *panneaux mobiles* qui servent à fermer les boutiques et autres ouvertures, avec leurs boulons et autres accessoires ; les *tapis des escaliers* ; les *pompes à incendie* dans certains édifices spécialement exposés au feu ; les objets servant à l'*éclairage* et au *nettoyage* d'une maison de ville : *globes*, *réflecteurs*, etc. Toutes ces choses sont immobilisées

par leur destination. Mais les *bancs de jardins* et les *plantes en pots ou en caisses* ne sont pas considérés en général comme immobilisés ; ils font partie du mobilier personnel des habitants de la maison, propriétaires ou autres.

2224. Cas particuliers. — Dans certains édifices d'un genre spécial, on rencontre des objets qui ne se retrouvent pas ailleurs. On peut admettre que ces objets sont immobilisés par leur destination lorsqu'en leur absence le bâtiment serait privé de son utilité et impropre aux services qu'il doit rendre. On le décidait déjà ainsi dans l'ancien droit pour l'artillerie des forteresses féodales et pour les vases sacrés et ornements des chapelles seigneuriales (Boutillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 74 ; Pothier, *Communauté*, nº 61). — A mon avis, il convient de donner la même solution pour les *objets consacrés au culte* qui se trouvent dans les *églises*, lorsqu'ils appartiennent au même propriétaire que l'église, c'est-à-dire à la commune. Voyez cependant, pour les cloches, un arrêt de Rouen (23 avril 1866, D. 66. 2. 160, S. 66. 2. 273).

2225. Applications inexactes de la distinction. — La plupart des auteurs considèrent les volets mobiles et même les clés, comme étant des *immeubles par nature* (Demolombe, t. IX, nos 293-295 ; Aubry et Rau, t. II, § 164, p. 18 ; Laurent, t. V, nº 404). Cette idée est incompatible avec la définition élémentaire des choses immeubles par leur nature. Que sont ces « immeubles » dont la fonction est d'être déplacés sans cesse et qu'on peut porter, les uns à bras, les autres dans sa poche?

En sens inverse, on a parfois considéré comme de simples immeubles par destination les paratonnerres et les auvents fixes ou marquises (Chauveau, *Biens*, nos 87 et 93), ce qui est une autre erreur : ces objets font en réalité partie de la construction, de même que les dalles, gouttières, sonnettes, tuyaux à eaux ou à gaz, rampes d'escaliers, etc., toutes choses qui sont destinées à faire leur service sans bouger de place, c'est-à-dire qui sont immeubles par leur nature. Comp. Caen, 22 mai 1886, D. 87. 2. 81 ; Cass., 19 avril 1887, D. 88. 1. 27.

b. — *Deuxième mode d'immobilisation : Attache du meuble à perpétuelle demeure.*

****2226. Définition.** — Dans l'alinéa final de l'art. 524, on lit : « Sont aussi immeubles par leur destination tous effets mobiliers... » Cette façon de parler annonce quelque chose de nouveau, une catégorie de plus après celles qui ont déjà été énumérées. En effet, pour les objets qui vont suivre, la loi fait résider la connexité du fonds et de son accessoire mobilier dans cette circonstance que le meuble y a été *placé à perpétuelle demeure*. Tout aussitôt le texte nous donne une définition légale du placement à perpétuelle demeure. D'après l'art. 525, al. 1er, on reconnaît qu'un objet mobilier a été placé à perpétuité sur le fonds, lorsqu'il y est « *scellé en plâtre, ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'il ne peut être détaché sans être fracturé ou détérioré, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle il est attaché* ».

2227. Origine et critique de l'art. 525. — Cette disposition n'est que la traduction moderne de l'art. 90 de la coutume de Paris aux termes duquel les « ustensiles d'hostel » sont réputés immeubles, « lorsqu'ils tiennent à fer et à cloud, ou sont scellez en plastre... et ne peuvent estre transportez sans fraction et deterioration ». — De tout temps, quand on se posait la question de savoir si un objet était meuble ou immeuble, on avait attribué une grande importance à cette circonstance qu'il aurait fallu le démolir pour le déplacer. Voyez ce que disent Boutillier et Jacques d'Ableiges sur les « cuves et grands vaisseaux à vin » qui ne peuvent « estre mis hors sans despecier » (*Somme rural*, tit. 74 ; *Grand coutumier*, liv. II, chap. xviii).

Cependant Pothier avait montré que cette circonstance de l'attache matérielle et de la

difficulté qu'on pouvait avoir à déplacer l'objet était en réalité indifférente : car il y a des choses qui, sans être attachées à fer et à clous, sont censées faire partie de la maison, et d'autres qui, quoique attachées à fer et à clous, ne sont pas censées en faire partie » (*Communauté*, nos 47 et suiv.). La critique de Pothier est aussi juste sous le droit nouveau que sous l'ancien ; les auteurs du Code auraient mieux fait de ne pas s'arrêter à cette considération de l'attache matérielle, puisque l'immobilisation est possible sans elle, et qu'elle-même ne réussit pas toujours à immobiliser un objet. On n'avait nul besoin de ces dispositions ; la formule générale par laquelle débute l'art. 524 suffisait pour tous les cas possibles d'immobilisation par destination.

2228. Applications faites par le texte. — L'art. 525 ne fait l'application du principe de l'immobilisation par attache à perpétuelle demeure, qu'à *trois sortes d'objets* : les *glaces*, les *tableaux* et les *statues*.

1° Glaces. — Les glaces sont immeubles « lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie » (art. 525, al. 2). Cet article est emprunté à Pothier (*Communauté*, n° 55), qui regardait les glaces comme meubles, lorsque « ce qui est derrière est de même parure que le reste de la cheminée » ; la glace ne lui paraissait faire partie de la maison que lorsqu'en l'enlevant on trouvait derrière des briques ou des planches qu'on ne pouvait laisser à nu. Nul doute que ce ne fût là le système du Code ; mais la jurisprudence en a décidé autrement. L'habitude de décorer l'intérieur des appartements au moyen de lambris en bois a diminué, devant le développement des papiers peints, qui ont pour eux le bon marché et la facilité de renouvellement. Mais les propriétaires de maisons ont continué à poser des glaces sur les cheminées avec l'intention de les y laisser à perpétuelle demeure pour louer plus facilement. Qui ne connaît, à Paris, la petite affiche de l'appartement à louer « orné de glaces »? La jurisprudence a donc décidé que les glaces posées par le propriétaire à perpétuelle demeure seraient considérées comme immeubles, même quand elles ne rempliraient pas les conditions décrites par la loi (Cass., 8 mai 1850, D. 50. 1. 269 ; Paris, 4 août 1852, D. 52. 2. 296. — Voy. cependant Cass., 17 janv. 1859, D. 59. 1. 68, S. 59. 1. 519. Voyez aussi Douai, 1er févr. 1900, D. 1900. 2. 447 et la note). Les arrêts plus anciens étaient conformes à la doctrine de Pothier (Paris, 20 févr. 1833, D. 34. 2. 113, S. 34. 2. 80).

2° Tableaux. — Les tableaux et autres ornements (tapisseries, marqueteries) sont assimilés aux glaces (art. 525, al. 3). Ils deviennent donc immeubles dans les mêmes conditions. Cela était fréquent au XVIIIe siècle, au-dessus des portes et au-dessus des cheminées ; à l'époque où les glaces étamées ne se faisaient encore que dans des dimensions réduites, on y plaçait une glace basse, surmontée d'un tableau. — Cet usage est beaucoup plus rare aujourd'hui. Voyez cependant Bourges, 3 déc. 1902, D. 1903. 2. 244 (pour des tapisseries).

3° Statues. — La loi les déclare immeubles, lorsqu'elles sont *placées dans une niche*, alors même qu'elles ne seraient pas scellées, et qu'on pourrait les enlever sans fracture ni détérioration (art. 525, al. 4). Cette niche peut se trouver sur la façade de la maison, ou à l'intérieur, dans la cage de l'escalier ou dans les appartements. Il faut y ajouter, bien que la loi n'y ait pas songé, les statues qui sont placées sur des *piédestaux*, pour décorer les jardins, terrasses et pièces d'eau.

2229. Inutilité de l'art. 525. — L'étude des solutions données par l'art. 525 montre qu'en réalité cet article *n'ajoute rien aux différentes classes d'immeubles précédemment énumérées par la loi* (1). En effet, la disposition relative aux statues n'est pas l'application du principe formulé par la loi, au commencement de l'art. 525, d'après lequel le placement du meuble à perpétuelle demeure résulte de l'existence d'un scellement matériel, puisque la statue est déclarée immeuble par destination, même quand elle est simplement *posée* dans sa niche. Elle rentre donc dans la catégorie des choses immobilisées par leur

(1) On remarquera en outre que, si les glaces posées par le propriétaire dans les maisons de rapport, selon l'usage moderne, c'est-à-dire sans faire corps avec une boiserie de revêtement, sont réputées immeubles, cela résulte de l'art. 524, beaucoup plus clairement et beaucoup plus facilement que de l'art. 525 : elles sont affectées « au service et à l'exploitation du fonds ».

simple affectation au service du fonds (1). Quant aux tableaux et aux peintures posés dans les conditions prévues par la loi, il n'y a pas de doute à avoir sur leur caractère : ce sont des *immeubles par nature.* Ils font corps avec les boiseries du lambris, et ils sont une *partie intégrante* de l'immeuble, au même titre que les plinthes, les cimaises et les chambranles. — Il y a ici une méprise du législateur qui a reproduit, sans y réfléchir, un passage de Pothier. Cet auteur, comme on l'a déjà observé, ne faisait aucune différence entre les choses qui sont immeubles par leur nature et celles qui le deviennent seulement par leur destination. C'est ainsi qu'il énumère, à côté des glaces et des tableaux, les boiseries et lambris dans lesquels ils sont encastrés, les marbres des cheminées, les parquets des chambres, les cloisons et autres séparations intérieures, les alcôves, etc. (*Communauté*, nos 54 et 58), toutes choses qui, manifestement, font corps avec le bâtiment et sont, non pas des choses mobilières immobilisées par leur destination, mais de vrais immeubles par nature.

C. — Droits immobiliers par leur objet.

****2230. Comment un droit peut être immobilier.** — Les droits, étant incorporels, ne sont à proprement parler ni meubles ni immeubles ; ils sont en dehors de l'espace ; ils n'occupent aucun emplacement, de sorte que la question de mobilité ne se pose pas pour eux. Par suite, quand on a voulu leur appliquer une distinction faite pour les biens corporels, on a dû se régler sur autre chose que sur leur nature propre : on s'est déterminé *d'après la nature de leur objet* (POTHIER, *Communauté*, nos 66 et suiv.). Le Code civil (art. 516 et 526) emploie la formule « immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ». Comp. Code italien, art. 407 et 415.

****2231. Application aux droits réels.** — L'application de cette idée aux droits réels (2) ne souffre aucune difficulté : ils sont immobiliers quand ils portent sur des biens immeubles par leur nature ou par leur destination ; ils sont meubles au cas contraire. Ainsi l'*usufruit* est *mobilier* ou *immobilier*, selon la nature des biens qui en sont grevés.

Il y a *trois catégories* de droits réels qui sont toujours *immobiliers*, parce qu'ils ne peuvent être établis que sur des immeubles. Ce sont les *servitudes* et les droits spéciaux d'*usage* et d'*habitation*. Avant 1874, on pouvait en dire autant de l'hypothèque, qui ne pouvait être établie que sur les terres et les maisons ; mais la loi du 10 décembre 1874 nous a donné un genre d'hypothèque mobilière : l'*hypothèque maritime.*

On remarquera que l'art. 526, qui énumère les droits immobiliers par leur objet, ne mentionne pas la *propriété.* Ce droit est pourtant immobilier quand il a pour objet une chose immobilière. Le silence de la loi n'est pas une lacune. La propriété, étant confondue avec les choses sur lesquelles elle porte (voyez ci-dessus, no 2205), se trouve déjà classée parmi

(1) Peut-être même faudrait-il considérer les statues comme immeubles par nature : les sculptures qui ornent une paroi font partie du bâtiment ; et, d'autre part, il n'est pas nécessaire qu'une pierre soit liée à l'ensemble par un lit de ciment ou de chaux : l'ancienne construction dite *grand appareil* se composait de blocs de grande taille, parfaitement équarris et simplement superposés sans aucun ciment intermédiaire. L'obélisque de la place de la Concorde, qui est certainement un immeuble par nature, se tient en équilibre sur sa base par son seul poids, comme une statue dans sa niche ou sur son piédestal.

(2) Sur les droits réels, voyez nos 2158 à 2162.

les immeubles en vertu des art. 518 à 525 qui déterminent les immeubles par nature ou par destination. Il n'y avait donc pas lieu de s'occuper d'elle dans l'art. 526.

****2232. Application aux droits de créance** (1). — Pour savoir si une obligation est mobilière ou immobilière, il faut distinguer les *obligations de donner* et les *obligations de faire ou de ne pas faire* (2).

1° Obligations de donner. — L'obligation de donner est mobilière ou immobilière *selon la nature de la chose qui fait l'objet de la dation.* Ainsi celui qui a le droit de réclamer un immeuble en agissant comme créancier au moyen d'une action personnelle, possède une *créance immobilière.* Au contraire, l'obligation de donner une somme d'argent est le type des créances mobilières. Comp. Pothier, *Communauté*, n° 69.

2° Obligations de faire ou de ne pas faire. — Toutes ces obligatiins sont *mobilières*, alors même que le fait ou l'abstention seraient relatifs à un immeuble, parce qu'elles ont pour objet le *fait de l'homme*, plutôt que la chose elle-même. Telle a toujours été la tradition du droit français (Pothier, *Des choses*, IIe partie, § 2 ; *Introd. générale aux coutumes*, n° 50). Le Code civil doit être considéré comme l'ayant maintenue, par cela seul qu'il déclare immobilières les obligations qui ont pour objet la dation d'un immeuble (art. 526) ; toutes les autres créances sont mobilières.

Il y a eu jadis quelques difficultés sur ce point. Proudhon, et d'autres auteurs après lui, ont soutenu que certaines obligations de faire pouvaient être immobilières, par exemple celle d'un *architecte* qui s'engage à *bâtir une maison.* Ce qu'il doit livrer, disait-on, est un bâtiment ; donc sa dette est immobilière. — Cette opinion n'a pas prévalu. L'architecte ne doit qu'une série de faits : un plan à fournir, un devis, la surveillance des ouvriers, la fourniture des matériaux qui sont meubles, etc. Il n'y a là rien d'immobilier. Il est vrai que, une fois son obligation accomplie, son client sera propriétaire d'une maison qui sera un immeuble. Cette maison est le résultat du travail opéré, mais elle n'a jamais été elle-même l'objet de l'obligation de l'architecte. La propriété immobilière existait auparavant à l'état de terrain ; elle n'a fait que s'accroître par l'effet d'*accessions* successives. Il n'y a pas de raisons pour que le travail de *construction* soit immobilier, quand le travail d'*entretien* ou de *consolidation* ne l'est pas. Par conséquent, *l'entrepreneur de constructions fait acte de commerce*, puisqu'il ne contracte que des obligations mobilières. Si on admettait l'opinion de Proudhon, ce genre d'entreprise n'aurait pas le caractère commercial, parce que le commerce ne peut porter que sur des meubles.

2233. Application aux actions en justice. — En général, les actions en justice ne constituent pas des biens ou des droits à part, distincts des autres. Elles ne sont pas autre chose que *le droit lui-même déduit en justice*, débattu devant les tribunaux ; celui qui exerce une action a généralement *un droit réel* ou *un droit de créance*, contesté ou violé par une autre personne, et il s'adresse aux juges pour faire reconnaître ce droit. Par suite, il devrait être inutile de classer les actions en meubles et immeubles, puisque c'est déjà chose faite pour elles sous le nom de « droits réels » ou

(1) Sur les droits de créance, voyez ci-dessus, nos 2154 à 2156.
(2) Sur cette distinction, voyez ci-dessus, nos 2152 et suiv.

« droits de créance ». Tel était le langage de Pothier qui, dans les nos 69 et suiv. de son *Traité de la communauté*, emploie indifféremment les mots français *créance* et *obligation*, et le mot latin *actio* : « Actio ad mobile est mobilis ; actio ad immobile est immobilis. »

Cependant il y a lieu de maintenir une catégorie spéciale pour les actions en justice, tant parmi les immeubles que parmi les meubles. A côté des actions définies comme on vient de le voir et qui ont pour types la *revendication* du propriétaire et l'*action en paiement* du créancier, il en est d'autres qui ont une autre nature. Il y a des cas où une personne, qui ne possède actuellement, à proprement parler, ni droit réel ni droit de créance, s'adresse à la justice pour obtenir l'anéantissement (j'emploie à dessein ce mot vague) d'un acte juridique qui lui fait grief, qui existe, qui produit ses effets contre elle et dont le maintien serait une iniquité : ce sont des actions en *nullité*, en *rescision*, en *révocation*, et autres analogues. On ne peut pas dire qu'il y ait là une créance ; ainsi le vendeur, qui demande la résolution de la vente parce qu'il n'est pas payé, n'exerce pas son action en paiement. C'est autre chose : c'est un recours à la justice pour obtenir d'elle un acte d'autorité, la restitution d'un droit injustement aliéné.

Énumération. — Voici les principales actions immobilières :

1° L'*action en résolution* d'une vente d'immeubles pour défaut de paiement du prix ;

2° L'*action en rescision* d'une vente d'immeubles pour lésion ;

3° L'*action en nullité* d'une aliénation immobilière consentie par un *incapable* ;

4° L'*action en nullité* fondée sur un *vice du consentement* ;

5° L'*action en réméré* dans les ventes d'immeubles (art. 1659) ;

6° L'*action en révocation* d'une donation immobilière pour inexécution des charges ou pour toute autre cause ;

7° L'*action en réduction* d'une donation immobilière qui dépasse la quotité disponible ;

8° L'*action en nullité* d'un *legs immobilier*.

Explication de la formule employée par la loi. — Ce sont les actions sus-indiquées que la loi désigne dans l'art. 526 par cette formule obscure : « Les actions qui *tendent à revendiquer* un immeuble. » Il ne peut s'agir ici de véritables *actions en revendication*. Le mot « revendication » est technique pour désigner l'action du propriétaire qui réclame son bien ; l'action en revendication véritable n'est donc pas autre chose que le droit de propriété réclamé en justice. Par suite, si c'était de la revendication, action réelle, que la loi avait entendu parler dans l'art. 526, sa disposition serait inutile, le droit de propriété étant déjà, en vertu des articles précédents, classé parmi les immeubles quand il porte sur une chose immobilière. La formule singulière employée par le Code est une traduction maladroite de l'ancien adage : « Actio quæ tendit ad immobile, immobilis est » (Pothier, *Communauté*, n° 69).

D. — Immeubles par déclaration (1).

2234. Création postérieure au Code. — Il n'en est pas question dans le Code civil. Cette catégorie d'immeubles a été créée par des lois postérieures.

(1) Il faut préférer cette désignation à celle dont on se sert généralement d'*immeubles par détermination de la loi*, qui amène un rapprochement inévitable entre cette catégorie d'immeubles et les *meubles par détermination de la loi*, dont parle l'art. 529, pour lesquels la formule a un autre sens et repose sur une autre idée.

Ces immeubles par déclaration sont des *valeurs mobilières*, c'est-à-dire des biens incorporels, mobiliers à raison de leur objet, qui deviennent immeubles en vertu d'une déclaration, émanée de leur propriétaire ; leur immobilisation est purement fictive.

2235. Énumération. — Les meubles qui deviennent immeubles par déclaration sont peu nombreux. En voici la liste :

1° Actions de la Banque de France (L. 16 janvier 1808, art. 7 et 8). — Les actionnaires peuvent donner à leurs actions le caractère d'immeubles par une simple déclaration faite à la Banque, au siège de la Société, et inscrite sur les registres dans la forme prescrite pour les transferts. — L'immobilisation ne cesse que par une déclaration contraire (L. 17 mai 1834, art. 5). Quel avantage y trouvent-ils? Celui de pouvoir *hypothéquer* leurs actions immobilisées, comme si c'étaient des maisons ou des biens-fonds. En pratique, on use fort peu de cette faculté, parce que les actions immobilisées sont assujetties à la contribution foncière (L. 18 avril 1831, art. 3 et 4) et qu'il existe pour les valeurs mobilières un procédé de nantissement qui vaut l'hypothèque, comme moyen de se procurer de l'argent.

2° Rentes sur l'État. — Les rentes sur l'État français ne peuvent pas, en principe, être immobilisées par une déclaration de leur propriétaire : elles ne jouissent pas de la même prérogative que les actions de la Banque. Néanmoins elles peuvent acquérir le caractère immobilier dans un cas exceptionnel, lorsqu'elles sont acquises par les *communes* et les *établissements publics* ou *d'utilité publique* à titre de placement de sommes reçues par don ou par legs (Ord. 2 avril 1817, art. 6). La disposition de cette ordonnance paraît être dépourvue de toute utilité et ignorée en fait dans la pratique.

E. — Droits immobilisés par annexion à un héritage.

2236. Exemple unique. — Il y avait dans notre ancien droit une clause spéciale qui rendait les droits immobiliers et dont le Code ne parle plus : c'était leur *annexion à un héritage* (immeuble). C'est même la première des règles qu'indique Pothier pour savoir si une chose incorporelle (un droit) appartient à la classe des immeubles : « Les droits que nous avons à cause de quelqu'un de nos héritages, qui, étant des droits de cet héritage, sont censés ne faire qu'un seul et même tout avec lui, sont droits immobiliers » (*Communauté*, n° 67). Le Code n'a pas reproduit l'idée de Pothier qui n'avait plus d'application en 1804. Cependant cette catégorie d'immeubles qu'on pourrait appeler « *immeubles par annexion* », n'a pas entièrement disparu. La loi du 21 avril 1810 sur les mines nous en a rendu un exemple, quelques années après la publication du Code. Lorsque la mine est concédée à un autre qu'au propriétaire du sol, elle est grevée, au profit de ce dernier, d'une *redevance en argent* qui tient lieu d'indemnité d'expropriation. En elle-même, cette redevance est mobilière, puisqu'elle a pour objet de l'argent ; cependant la loi la répute immeuble, *tant qu'elle reste attachée à la propriété de la surface* (art. 18). La redevance non séparée du fonds est donc considérée comme un droit utile, qui augmente la valeur du fonds et qui lui emprunte sa nature immobilière à titre d'accessoire, exactement de la même façon que le faisaient autrefois les droits utiles attachés à un fief.

§ 3. — *Des meubles.*

2237. Les trois classes de meubles. — Ordinairement on se conforme à la classification du Code, qui n'indique que deux classes de meubles : « Les biens sont meubles *par leur nature* ou *par la détermination de la loi* » (art. 527). Cet article prête à la critique sur deux points. Tout d'abord, la qualification donnée à la seconde classe de meubles est mal choisie ; elle

pourrait faire croire qu'il s'agit de meubles *arbitrairement classés comme tels* par le Code, alors que ce sont des droits mobiliers *à raison de leur objet.* Il eût donc mieux valu employer une expression semblable à celle de l'art. 517, et parler de meubles « par l'objet auquel ils s'appliquent ».

En outre, on verra qu'il existe en droit français une *troisième classe de meubles*, qui comprend des choses immobilières que l'on traite comme meubles *par anticipation*, parce qu'elles sont destinées à le devenir prochainement. Elle doit être intercalée entre les deux catégories prévues par l'art. 527. L'existence de cette troisième classe de meubles résulte de textes spéciaux, étrangers au Code civil.

A. — Meubles par nature (Meubles corporels).

****2238. Définition.** — Cette catégorie comprend toutes les *choses* (objets matériels) qui ne sont ni immeubles par leur nature, ni immobilisées par leur destination. L'art. 528 en donne une bonne définition en disant : « Sont meubles par leur nature *les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre*, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées. »

2239. Établissements et usines sur bateaux. — Un meuble peut rester immobile en fait pendant toute son existence, et même être destiné par son propriétaire à rester en place indéfiniment. Tels sont les *bains*, *moulins* et *lavoirs*, établis à demeure dans les rivières ; ils ne bougent jamais et ils sont retenus aux quais ou aux rives par des amarres. Cependant ils sont meubles, lorsqu'ils sont *établis sur bateaux* ; ils ne deviennent immeubles qu'autant qu'ils sont fixés au lit de la rivière par des *piliers* ou des *pilotis* (art. 519 et 531). Toutefois le *droit fiscal* considère ces établissements comme immeubles et les assujettit à la *contribution foncière* et à celle des portes et fenêtres, alors même qu'ils sont montés sur bateaux.

2240. Matériaux de construction. — Les choses mobilières ne perdent pas leur caractère par cela seul qu'elles sont *destinées* à être employées dans un bâtiment : les matériaux réunis pour la construction d'un édifice restent meubles *jusqu'au moment où ils sont mis en place* (art. 532). Il n'y a pas jusque là de raison suffisante pour les immobiliser. A l'inverse, les matériaux détachés d'un édifice en démolition deviennent meubles *à mesure qu'ils en sont séparés* (art. 532).

On devrait même décider que les parties enlevées temporairement d'un édifice pour une réparation (gouttières, ardoises, tuiles, portes, fenêtres, etc.) deviennent meubles pendant le temps qu'elles sont enlevées ; mais ceci est contesté. On admet en général qu'elles restent immeubles dans l'intervalle. On cite une loi romaine : « Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt » (*Dig.*, Liv. XIX, tit. 1, fr. 17, § 10).

B. — Meubles par anticipation.

***2241. Définition.** — Cette catégorie de meubles comprend certaines choses qui sont incorporées au sol et, par suite, immobilières par leur nature, mais qui sont *destinées à être prochainement détachées* et rendues mobilières ; on les traite, à certains égards, comme meubles parce qu'on les envisage, non dans leur état actuel, comme unis à la terre, mais

dans leur état prochain, comme distincts et séparés. On peut donc les appeler des « meubles par anticipation », puisque au moment où on leur fait application des règles spéciales faites pour eux, ils sont encore des immeubles par nature.

2242. Historique. — Plusieurs coutumes réputaient meubles les récoltes parvenues à un certain point de maturité, les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. « Bled verts et autres advestures jusques à mi may sont reputez heritages, et après sont reputez catteux » (Coutume d'Artois, art. 141). Tout au moins quand une récolte était commencée, on considérait volontiers comme meuble même la partie qui n'était pas coupée (comp. POTHIER, *Des choses*, nos 240 et 241). On donnait des solutions analogues pour les *coupes de bois*, qui, dans les coutumes du Nord, étaient rangées parmi les catteux.

Ces décisions ne seraient plus possibles aujourd'hui. D'une part, l'art. 520 dit : « Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble. » Comp. Coutume de Paris, art. 92. D'autre part, l'art. 521 porte : « Les coupes ordinaires de bois taillis et de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. » Les dispositions de ces articles ont eu certainement pour but de condamner les solutions contraires données jadis par diverses coutumes.

Cependant la catégorie des choses immobilières qu'on répute meubles d'avance, en attendant leur prochaine séparation du sol, n'a pas entièrement disparu de notre droit. Elle a été *maintenue par des textes spéciaux*, les uns *antérieurs*, les autres *postérieurs* au Code, savoir la loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII, le Code de procédure et une loi de 1851 sur les ventes publiques.

***2243. État actuel du droit.** — RÉCOLTES. — Les moissons et récoltes de toute nature sont considérées comme meubles dans deux cas : 1° Quand elles font l'objet d'une *saisie* ; 2° quand elles font l'objet d'une *vente*.

Cas de saisie. — Les fruits encore pendants par branches et par racines peuvent faire l'objet d'une saisie spéciale, appelée *saisie-brandon* (art. 626 C. proc. civ.). Comp. BRODEAU, sur la coutume de Paris, art. 74, n° 35. — La saisie-brandon est une *saisie mobilière*. Mais elle n'est possible que *dans les six mois* qui précèdent la maturité.

Cas de vente. — La vente des récoltes sur pied est *mobilière*. De là résultent plusieurs conséquences pratiques :

1° La *compétence du tribunal* sera déterminée par le domicile du vendeur, si un litige s'élève et que l'acheteur soit obligé de le poursuivre (art. 59 C. proc. civ.). Si la chose vendue était immobilière, l'action de l'acheteur le serait également (art. 526-3°) et le tribunal compétent serait celui de la situation de l'immeuble.

2° Le *droit de mutation* à percevoir sur la vente est le droit de 2 pour 100, applicable aux ventes d'effets mobiliers, et non pas le droit, beaucoup plus élevé, qui serait dû s'il s'agissait d'immeubles (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, 1°). Sur une fraude qui consiste, dans les ventes de forêts, à vendre séparément le sol et les arbres, voyez Cass., 23 déc. 1904, S. 1904. 1. 465.

3° La *compétence des officiers publics*, chargés de procéder à la *vente aux enchères*, se trouve modifiée par le caractère mobilier de l'objet. S'il s'agissait d'immeubles, les notaires jouiraient d'un monopole absolu pour ces sortes de ventes ; mais comme il s'agit de meubles, ils ont à subir la concurrence des commissaires-priseurs, des huissiers et des greffiers de justice de paix (L. 5 juin 1851, art. 1er). Cette loi a été rendue nécessaire parce que la jurisprudence antérieure reconnaissait (à tort) le monopole des notaires.

COUPES DE BOIS. — Les coupes de bois taillis ou de futaies ne peuvent pas être saisies mobilièrement comme les récoltes ordinaires : la saisie-brandon n'est pas faite pour elles. Mais elles sont assimilées aux fruits et récoltes *en cas de vente* ; on les traite comme meubles : les coupes de bois sont, en effet, un genre de fruits particuliers que la terre produit. Leur caractère mobilier entraîne la triple conséquence signalée au numéro précédent, pour la compétence du tribunal, le tarif du droit de mutation et les ventes aux enchères. Cependant, la loi de 1851 contient ici une singularité : elle n'admet l'intervention d'officiers publics

autres que les notaires que pour les coupes de bois taillis et non pour les futaies ; pour ces dernières, les notaires ont conservé leur monopole (Cass., 16 déc. 1912, D. 1914. 1. 115). C'est un système transactionnel, qui est illogique, étant donné le caractère mobilier reconnu à l'objet de la vente, mais cela a été formellement convenu lors du vote de la loi, et dans son texte il n'est fait mention que des taillis.

Produits des carrières et matériaux de démolition. — Enfin, les matières minérales contenues dans le sol [sable, chaux, pierres, etc.], ainsi que les matériaux à provenir de la démolition d'un édifice, sont également considérés comme meubles, dans l'opinion générale, quand ils font l'objet d'une vente, parce qu'on les envisage non dans leur état actuel, mais sous la forme qu'ils auront quand ils seront détachés. C'est en quelque sorte une vente de choses futures. Aucun texte n'a prévu l'hypothèse.

Situation spéciale des superfices dans le domaine congéable. — Une autre classe d'immeubles, traités comme meubles à certains égards, se rencontre en Basse-Bretagne (Finistère, Morbihan et Côtes-du-Nord) dans les *tenues à domaine congéable*. Les *édifices et superfices* qui se composent des constructions, plantations et autres travaux exécutés à la surface du sol par le fermier, sont la propriété de celui-ci, ce qui fait qu'on l'appelle *domanier*. Ils sont immeubles en principe et traités comme tels dans le patrimoine des domaniers, au point de vue des successions, de la communauté conjugale, des hypothèques, des droits de mutation, de la saisie par les créanciers du fermier, etc.

Mais, par exception, ils sont *réputés meubles à l'égard du foncier* (propriétaire du sol) (L. 7 juin et 6 août 1791, art. 9). Voici les conséquences de ce caractères mobilier attribué aux droits du domanier dans ses rapports avec le foncier : 1° celui-ci peut les saisir mobilièrement, s'il n'est pas payé ; 2° il est dispensé d'inscrire son privilège, la publicité n'étant exigée que pour les privilèges immobiliers ; 3° quand il congédie le domanier et prend la propriété des édifices et superfices, ceux-ci lui reviennent francs des hypothèques établies par le fermier, en vertu de la règle : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

C. — Meubles incorporels.

****2244. Nature et dénomination.** — Les meubles de ce genre sont des droits. Le Code les appelle « meubles par la détermination de la loi ». On a déjà vu qu'en réalité ils sont meubles *par l'objet auquel ils s'appliquent* (ci-dessus, n° 2237). Leur nom le meilleur est certainement celui de « meubles incorporels », qui ne prête à aucune confusion.

Pour les droits, le *caractère mobilier est la règle* ; le droit considéré comme immeuble est une exception. On doit donc laisser dans la catégorie des meubles tous ceux dont la nature immobilière n'apparaît pas clairement. Nous allons passer en revue les principales catégories.

1° Droits réels mobiliers.

***2245. Silence des textes.** — Les droits réels (*propriété*, *usufruit*, *gage*, *hypothèque*, *privilèges*) sont meubles quand ils portent sur une chose mobilière. Le Code n'en a pas parlé. Pour le droit de propriété, on sait qu'on le confond avec la chose elle-même ; on peut donc le considérer comme contenu dans l'art. 528 qui définit les meubles corporels. Pour les autres droits réels, il y a oubli ; mais leur nature mobilière résulte suffisamment des principes et se trouve confirmée implicitement par les dispositions de

l'art. 526, qui déclarent immeubles l'usufruit des choses immobilières et les servitudes prédiales : il résulte de là que les droits réels (usufruit et autres) sont meubles quand ils portent sur des objets mobiliers.

Qu'on juge par là à quel point l'Académie française s'est trompée dans son *Dictionnaire*, quand elle définit les droits réels « ceux qui ont rapport à des immeubles ».

2° Propriétés incorporelles.

***2246. Offices ministériels.** — Certains *offices* (études de notaires, d'avoués, d'huissiers ; charges d'agents de change, de commissaires-priseurs, etc.) sont considérés comme faisant l'objet d'un droit de propriété. Comme tels, ils sont *meubles*. Autrefois ils étaient immeubles : « Office vénal est immeuble » (Coutume de Paris, art. 95. — Comp. Édit de février 1683, sur la vente par décret des offices).

***2247. Fonds de commerce.** — Un fonds de commerce est une *universalité*, qui comprend l'achalandage, le droit au bail, l'installation matérielle des marchandises (1), parfois des chevaux et voitures, etc. En réalité c'est une fraction du patrimoine (2). L'ensemble passe pour être une chose incorporelle que l'on considère comme *mobilière* (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 241) et qui fait l'objet d'un droit de propriété. Cependant, à raison de son importance, cette sorte de propriété est régie par diverses règles analogues à celles qui sont établies pour les immeubles (Lyon-Caen et Renault, *ibid.*, n°s 251 à 254).

***2248. Propriété littéraire, artistique et industrielle.** — L'espèce de monopole temporaire que la loi reconnaît aux auteurs et inventeurs constitue encore l'équivalent d'un droit de propriété, et comme élément actif d'un patrimoine, on le range parmi les meubles.

3° Créances de sommes exigibles.

****2249. Définition.** — L'art. 529 range parmi les meubles les « obligations (3) de sommes exigibles ». Il faut entendre par là celles qui donnent

(1) D'après la loi du 17 mars 1909, art. 9, les marchandises ne sont pas comprises dans le nantissement du fonds.

(2) La nature des fonds de commerce est vivement discutée. Tandis que les uns admettent comme un phénomène économique incontestable que les fonds de commerce constituent un bien déterminé (Ch. Simon, *Le fonds de commerce*, thèse, Paris, 1898), d'autres y voient un patrimoine particulier, une sorte de pécule ayant son actif et son passif, ou tout au moins une fraction du patrimoine, ce qui fait qu'il ne serait ni meuble ni immeuble (Lordereau, *Vente et nantissement des fonds de commerce*, thèse, Paris, 1900 ; Payart, *Étude sur la notion du fonds de commerce*, thèse, Paris, 1906) ; d'autres enfin n'y reconnaissent (et peut-être ont-ils raison) qu'une réunion disparate d'objets dont chacun conserve sa nature propre (Thaller, n° 79 à 89 ; Gombeaux, *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse, Caen, 1901).

(3) La loi emploie une expression double : *obligations* et *actions*, qui est un pléonasme car l'*action* ne constitue pas un droit distinct de la *créance* qu'elle garantit. On pourrait cependant trouver au mot « action » dans l'art. 529 un sens utile en l'appliquant à certaines *actions en justice* qui ne sont pas à proprement parler des créances et qui peuvent être mobilières par leur objet (ci-dessus, n° 2233).

au créancier le droit d'exiger tôt ou tard du débiteur une prestation principale, un *capital*, par opposition aux « rentes », qui consistent seulement en un *revenu*. Par suite, dans l'art. 529, quand la loi parle de « sommes exigibles », elle n'entend pas parler de sommes *immédiatement* exigibles, c'est-à-dire de créances pures et simples, ou qui, après avoir été suspendues par un terme, sont actuellement arrivées à échéance. Ainsi une somme non encore exigible au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire due à terme ou sous condition, fait néanmoins l'objet d'une « obligation exigible », au sens spécial que ce mot prend dans l'art. 529, parce que si elle ne l'est pas encore, elle le deviendra un jour.

2250. Obligations comprises dans cette catégorie. — En fait d'obligations mobilières, la loi n'en cite que deux : celles qui ont pour objet des *sommes* (d'argent) ou des *effets mobiliers* (des meubles corporels). Il faut y ajouter toutes les *obligations de faire*, puisque, comme on l'a vu ci-dessus (n° 2232-2°), aucune obligation de faire ne peut avoir un caractère immobilier. Il n'y a en droit français de créances ou d'actions immobilières que celles qui tendent à revendiquer un immeuble (art. 526).

4° Rentes.

****2251. Définition.** — On appelle « rente » une prestation annuelle qu'une personne doit à une autre et qui se paie, soit en nature, soit en argent. Ce mot vient du bas-latin *renda* ou *rendita*, qu'on avait tiré du verbe *reddere*, et qu'on trouve déjà dans des chartes du IXe siècle (Cartulaire de Redon). Le mot « rente » exprime donc uniquement l'idée de *revenu*, et non celle de *capital*. De là le sens technique qu'il a pris : il s'emploie exclusivement lorsqu'une personne promet à une autre un revenu annuel, et pas de capital ; on ne s'en sert jamais pour désigner les créances qui permettent au créancier d'exiger tôt ou tard de son débiteur un capital en argent. Ces créances s'appellent, par opposition aux rentes, *créances de sommes exigibles* ; c'est le nom que leur donne l'art. 529. Les rentes sont des *créances à capital non exigible*, qui ne donnent droit qu'à un revenu. — Le créancier de la rente s'appelle *crédirentier* ; le débiteur, *débirentier*.

***2252. Sens du mot « arrérages ».** — Les *arrérages* sont les sommes dues à titre de rentes, lorsque le terme de leur échéance est passé et qu'elles ne sont pas payées. « Arrérages » signifie donc l'*arriéré*, et ce mot vient en effet de « *arrère* », ancienne forme du mot « arrière ». Jadis cette expression s'employait à propos de toutes les redevances périodiques dues à un titre quelconque : gages, pension, cens, loyers, fermages, rentes, etc. (Ragueau et Laurière, *Glossaire*, v° Arrérages ; comp. les exemples anciens de *arriérage* dans le *Dictionnaire* de Godefroy). On disait : « Tel droit *arrérage* » ou « n'arrérage pas », selon qu'il était permis ou non de réclamer l'arriéré (voyez ci-dessous, n° 2877 *in fine*). Dans l'usage moderne, « arrérages » ne s'applique plus qu'aux rentes ; pour les sommes dues à un autre titre, on se sert de l'expression « arriéré » : l'arriéré d'une pension.

***2253. Fausse interprétation moderne du mot « rente ».** — Les auteurs modernes,

trouvant deux mots pour une seule chose, ont voulu leur donner des sens différents. D'après eux, la rente serait le droit abstrait, le droit principal, qui permet d'exiger certaines sommes annuellement ; les arrérages seraient la prestation annuelle ; l'un serait le *droit frugifère*, l'autre serait son *produit*. L'erreur se trouve déjà dans POTHIER (*Des personnes et des choses*, n° 260). — C'est là une de ces explications arbitraires, fournies par des gens qui veulent expliquer par le raisonnement une chose dont l'histoire seule peut donner la clé : la formation progressive de la langue d'un peuple et de ses institutions. En réalité, la rente est le revenu annuel, et sous le nom d' « arrérages », c'est toujours de la rente qu'il s'agit, avec l'idée de retard en plus. Quant au droit principal, qui aurait pour objet le capital et dont la rente serait le produit, il n'existe pas, puisque, par définition, le créancier n'a droit qu'à un revenu et non à un capital. Pendant que les jurisconsultes s'égaraient ainsi, le sens exact se conservait dans le langage populaire. Il n'est pas de petit rentier qui ne dise : « Je vais toucher ma rente. » On raille son langage en disant qu'on ne peut toucher une rente, mais seulement ses arrérages ; c'est pourtant lui qui est dans le vrai.

****2254. Diverses sortes de rentes.** — Les rentes ne sont pas toutes de la même sorte et elles peuvent recevoir plusieurs classifications :

1° Les rentes sont *perpétuelles* ou *viagères* (art. 1910) ; les premières sont dues indéfiniment ; les secondes cessent d'être dues à la mort du crédirentier.

2° Certaines rentes sont constituées à *titre gratuit* (par donation ou par legs), les autres sont établies *à titre onéreux*, c'est-à-dire que celui qui s'engage à payer annuellement la rente (débirentier) reçoit du crédirentier quelque chose en échange de sa promesse ; par exemple dans la vente d'une maison à rente viagère, la rente est le prix de l'acquisition de la maison.

3° Parmi les rentes constituées à titre onéreux, il faut faire une sous-distinction selon la *nature de la chose* aliénée en échange de la rente. Si cette chose est un *capital en argent*, la rente est dite *rente constituée*. Si c'est un *bien en nature*, une terre ou une maison, par exemple, la rente est dite *rente foncière*.

***2255. Rareté actuelle des rentes perpétuelles.** — Les rentes perpétuelles dérivaient ordinairement ou d'un contrat de constitution de rente ou d'une aliénation d'immeuble. Or ces deux sources sont à peu près taries dans le droit moderne.

Le contrat de constitution de rente était dans notre ancien droit un moyen de tourner la prohibition du prêt à intérêt, défendu par le droit canonique : le capitaliste, ne pouvant *prêter* son capital, achetait une rente créée par l'emprunteur, il en payait le prix, et se faisait promettre l'intérêt de son argent sous le nom de rente. Il y avait entre la constitution de rente et le véritable prêt à intérêt, de profondes différences qui seront indiquées dans le tome II à propos des contrats. — Depuis que le prêt à intérêt est permis, le contrat de constitution de rente n'est plus en usage entre particuliers. Il ne sert plus qu'aux emprunts d'État. Ainsi les rentes sur l'État français sont des rentes constituées : quand l'État emprunte, il ne s'engage pas à rendre l'argent à une époque déterminée ; il promet seulement de servir à ses prêteurs un revenu annuel.

La création d'une rente foncière comme condition de l'aliénation d'un immeuble résulte d'un contrat spécial, le *bail à rente*, fort usité dans l'ancien droit, très rare de nos jours. Ce contrat consistait à aliéner la propriété d'un immeuble, non pas pour un prix en argent comme dans la vente, mais moyennant une rente perpétuelle que l'acquéreur s'obligeait à payer et qui équivalait au prélèvement d'une portion des revenus au profit de l'ancien propriétaire et de ses héritiers.

****2256. Caractère mobilier des rentes dans le droit moderne.** — Depuis 1804, les rentes de toute nature sont *meubles* (art. 529, al. 2).

Il en était autrement dans l'ancien droit. La rente foncière était universellement considérée comme *immobilière* ; c'était un droit réel que l'aliénateur se réservait dans son immeuble au moment où il en disposait. Mais la rente foncière a subi une transformation complète, qui a mis seize ans à s'accomplir, depuis le début de la Révolution jusqu'à l'achèvement du Code civil. On a fait d'elle *une simple créance mobilière* en lui enlevant le caractère de *droit réel immobilier* qu'elle avait jadis. Cette transformation est trop longue pour être exposée ici ; elle trouvera mieux sa place à propos des rentes considérées comme droits réels sur la chose d'autrui (ci-dessous, nos 2996 à 3004).

La nature des rentes constituées était moins bien déterminée. Les coutumes se partageaient : quelques-unes réputaient meubles ces sortes de rentes (Troyes, Reims et quelques autres), mais en général on les considérait comme immeubles ; c'était le droit commun représenté par les coutumes de Paris (art. 94) et d'Orléans (art. 191). Le caractère immobilier des rentes constituées était contraire à la nature des choses, puisque toutes les prestations que se devaient les parties n'avaient pour objet que de l'argent. Pour justifier une solution aussi peu conforme aux faits, nos anciens auteurs donnaient des explications à côté et assez embarrassées (Laurière, sous l'art. 94, cout. de Paris ; Pothier, *Traité des personnes et des choses*, no 260). La seule raison solide était d'ordre économique : à cause de l'importance qu'avaient prises les rentes constituées dans la composition active des patrimoines, on avait voulu leur accorder le caractère d'*héritage*, avec les garanties qui en résultaient (ci-dessus, no 2195).

5o Actions et intérêts dans les sociétés.

***2257. Définition et dénomination.** — Lorsqu'une société se fonde, le capital social appartient aux associés dans la proportion de leurs *mises* ou *apports*. Ces *parts d'associés* prennent des noms différents : dans les sociétés anonymes et quelques autres elles s'appellent *actions*, et on dit que ces sociétés sont *montées par actions* ; dans toutes les autres sociétés les parts s'appellent *intérêts*.

A noter ce second sens du mot « action » tout à fait différent de celui *d'action en justice*, qui lui appartient également. Dans l'art. 529 ce mot figure deux fois, et il y est pris successivement dans ses deux sens.

****2258. Caractère mobilier des parts d'associés.** — La nature propre de chaque part d'associé devrait varier selon la composition de l'actif social : elle devrait être mobilière ou immobilière ou mixte, selon que l'actif social est formé uniquement de meubles ou d'immeubles, ou qu'il comprend des biens des deux sortes. Or l'art. 529 décide que la part des associés est *mobilière, alors même que des immeubles se trouveraient compris dans l'actif social*. Cette solution doit être expliquée. Or, sur ce point, il existe deux théories en présence, l'une ancienne et fort commune, l'autre nouvelle et relativement peu connue.

Explication par l'idée de personnalité. — On admet qu'il existe, à côté des associés et en sus de leur nombre (comp. ci-dessous, no 3045) une personne supplémentaire qui est *leur société personnifiée*, et c'est cette personne fictive qui est *réputée propriétaire du fonds social* ; c'est donc elle

qui est propriétaire des immeubles, s'il y en a, et non les associés. La part de ceux-ci est *représentée dans leur patrimoine par un titre d'une nature spéciale*, une sorte de bon ou d'assignat, qui est considéré comme une valeur distincte, *toujours mobilière*. C'est une fiction : dans la *réalité économique*, le capital social n'existe pas deux fois, il n'est pas *doublé* ; cependant, en droit, on le rencontre dans deux endroits différents : on le trouve une première fois, condensé dans le patrimoine de l'être moral, appelé société, et une seconde fois, réparti par fractions dans les patrimoines des associés ; mais ce que possède chaque associé n'est qu'*une représentation fictive de sa part réelle*, laquelle est dans la masse collective et non ailleurs. Ce résultat est un des effets les plus curieux de la fiction de personnalité.

En attendant que la société soit dissoute et ses biens partagés, les associés ne sont donc pas considérés comme copropriétaires de l'actif social ; ces biens ne sont pas dans l'indivision : ils sont réputés appartenir à un propriétaire unique, qui est la personne fictive. Le droit des associés se réduit 1° au droit de prendre part *annuellement* au partage des bénéfices, s'il y en a, en touchant un *dividende* ; 2° au droit de prendre part au partage de l'actif, *après la dissolution de la société*.

Explication par l'affectation du patrimoine social. — Cette explication a été présentée en France par M. Mongin, *Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité* (*Revue critique*, 1890, p. 697) et par M. Saleilles, *Histoire des sociétés en commandite* (*Annales de Droit commercial*, 1897 et 1898, spécialement aux nos 49 à 63) (1). On distingue chez les personnes associées deux sortes de patrimoines, leur patrimoine personnel et leur part dans le patrimoine social. Cette dernière, dit M. Saleilles, « est *affectée à une destination exclusive*, qui la soustrait au gage commun des créanciers » (n° 59). Elle est comprise dans le fonds social, qui est nécessairement soumis à un régime d'administration unitaire, et qui est en même temps soustrait, pour toute la durée de la société, aux demandes en partage des copropriétaires et aux poursuites de leurs créanciers. M. Saleilles explique ainsi comment certaines sociétés commerciales (les sociétés en commandite) ont pu fonctionner dans tout notre ancien droit sans être reconnues comme personnes fictives, tout en bénéficiant de nombreuses règles qui leur sont encore applicables et que nous expliquons aujourd'hui à l'aide de l'idée de personnalité. Ce que nous appelons « *apport* à une société », en considérant cet acte comme une *aliénation* au profit d'une personne fictive, se concevait alors comme une simple *affectation*, équivalant à une scission dans le patrimoine de l'associé et suffisante pour arrêter l'action de ses créanciers personnels. Comp. Meynial, S. 92. 1. 497 ; Gény, *Méthode*, p. 138-139.

De là l'expression dont on se sert dans cette théorie : on appelle *patrimoine d'affectation* la masse formée par la réunion de différents apports faits par les associés et la quote-part appartenant à chacun d'eux dans cette masse. La plupart des règles des sociétés, qu'on rattache ordinairement à l'idée de personnalité, s'expliquent dans ce système le plus aisé-

(1) Voyez aussi les notes et articles du même auteur énumérés dans la thèse de M. Négulesco, p. 47, note 3, et principalement sa note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 185, où il définit ainsi le *patrimoine d'affectation* : « Tout ensemble de biens constitué par la connexité d'une même affectation forme dans le patrimoine qui l'a reçu sous cette condition d'emploi, comme un patrimoine à part, qui appartient moins à celui qui le possède qu'au but lui-même auquel il est destiné » (p. 188, col. 1). Comp. Beaussire, *Les principes du droit*, p. 286 et suiv ; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2e édit., p. 151, note 3. L'auteur de la théorie du *Zweckvermögen* est Brinz (Pandekten, 1884, t. I, § 60-61) ; voyez les renvois dans Saleilles, *ibid.*, p. 153, note 2.

ment du monde, par la séparation des deux patrimoines Cependant il en est un que cette théorie ne paraît pas justifier complètement : c'est le caractère mobilier des parts d'associés, dans le cas où la société possède des immeubles. En effet, chacun d'eux continue à être lui-même et personnellement propriétaire de sa part dans l'actif social : il est donc propriétaire d'immeubles.

***2259. Assimilation du droit de l'associé à une créance.** — En sommes-nous donc réduits à reconnaître que la décision de l'art. 529 ne peut s'expliquer que par la fiction de la personnalité des sociétés? Je ne le pense pas. Du moment où l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts, on conçoit qu'il s'établisse entre eux des rapports de créance et d'obligation analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes. Ainsi le droit de toucher individuellement des dividendes est de plus en plus traité en pratique comme une créance d'un genre particulier existant contre la société. Ainsi encore ce qu'on appelle sa part (action ou intérêt) figure dans son patrimoine personnel en même temps que dans le patrimoine social ; c'est une valeur représentative de la part réelle et qui peut être aliénée par lui et saisie par ses créanciers. Devons-nous voir dans cette valeur un *droit de propriété*? Pas pour le moment. Ce sera un jour une propriété, lorsque la société sera dissoute et que les ex-associés se partageront son actif ; mais provisoirement, *ce n'est qu'une créance* : l'associé ou son auteur a déboursé une somme ou a cédé un bien quelconque pour la formation de la société ; la restitution de cette valeur est *due* par la société, mais sans détermination précise ; elle peut se faire en nature ou en argent. Le patrimoine personnel est donc créancier de la société, et, à raison de l'indétermination de son objet, qui est exprimé seulement par un chiffre, cette créance ne peut être que mobilière. Comp. Lyon-Caen, note dans *Sirey*, sous Paris, 18 août 1881, S. 82. 2. 25.

****2260. A quelles sociétés s'applique l'art. 529.** — Au temps où le Code Napoléon a été rédigé, la personnalité n'était reconnue qu'aux sociétés commerciales. C'est pourquoi le texte, qui déclare mobilières les parts des associés, même quand l'actif social comprend des immeubles, ne donne cette décision que pour « les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie », c'est-à-dire pour les sociétés commerciales. Par suite, les parts d'associés faisant partie d'une *société civile*, dépourvue de personnalité, se trouvaient en dehors de la disposition de la loi ; elles restaient mobilières ou immobilières selon la composition de l'actif. Il est même possible, comme l'a soutenu Toullier (t. XII, n° 96), que les auteurs du Code n'aient entendu appliquer leur système qu'aux grandes Compagnies. — Mais le droit a changé depuis lors. La décision donnée par l'art. 529 a été interprétée comme une conséquence nécessaire de la personnalité, et par suite étendue d'abord à toutes les sociétés commerciales, quelle que fût leur importance. Puis, comme la Cour de cassation admet la personnalité des sociétés civiles depuis 1891 (voyez ci-dessous, n° 3041-4°), les parts d'associés se trouvent aujourd'hui *mobilières dans une société quelconque*, commerciale ou civile ; de sorte que l'art. 529 n'exprime plus l'état actuel du droit.

***2261. Durée de la fiction.** — La loi dit que la part de l'associé est réputée mobilière « tant que dure la société ». Ceci encore n'est plus tout à fait exact. La loi a voulu dire que les parts des associés cessent d'être réputées mobilières quand les immeubles de la société ont été partagés entre eux. Or ce fait ne se produit pas immédiatement à la dissolution de la société : il s'écoule toujours un temps plus ou moins long avant que le par-

tage soit fait. La jurisprudence moderne admet que, lorsqu'une société se dissout, elle doit être considérée comme se survivant à elle-même pendant la durée de sa liquidation. Autrement, si les biens et les charges sociales retombaient tout de suite dans l'indivision par l'effet de la dissolution, l'enchevêtrement serait inextricable et les opérations de compte et de partage deviendraient pratiquement impossibles. Il faut donc prolonger la fiction de l'art. 529 jusqu'à la fin de ces opérations ; ce n'est qu'après le partage, quand le lot de chacun sera déterminé, qu'on saura si son droit est, en fin de compte, mobilier ou immobilier ou mixte.

D. — Définitions légales.

2262. Renvoi. — Les auteurs du Code, constatant que les mots « meubles » et « mobilier » sont très souvent pris dans la pratique avec des sens différents, ont voulu éviter des difficultés en indiquant eux-mêmes l'interprétation qu'il faudrait leur donner (art. 533 à 536). Ces articles sont à peu près inutiles. Il est en effet très rare que l'intention des parties ou du testateur ne ressorte pas de quelque circonstance particulière, et il est plus rare encore qu'elle concorde avec les définitions du Code. Il arrive cependant quelquefois que rien ne permet de préciser le sens de l'expression employée ; on doit alors se conformer à la décision de la loi. Pour ces définitions, voyez les textes précités.

CHAPITRE IV

DE LA POSSESSION

2262 *bis*. Bibliographie. — Savigny, *Traité de la possession* (droit romain), traduction Staedtler, 7e édit., 1865. — Ihering, *Fondement de la protection possessoire*, 1865 ; *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891 (Traduction Meulenaere). — Esmein, *Les théories de la possession en Allemagne* (*Nouvelle Revue historique*, 1877). — Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, 1894 ; *La possession des meubles*, 1907. Voyez aussi *Revue critique de législation*, 1903, p. 592, et 1904, p. 33. — J. Charmont *Revue trimestrielle*, 1907, p. 41. — Duquesne, *Distinction de la possession et de la détention en droit romain*. — Cornil, *Traité de la possession* (en droit romain), 1905. — P. Schwab, *La théorie possessoire objective*, thèse, Paris, 1907. — Voyez aussi les nos 2302 et 2460.

§ 1. — *Analyse de la possession.*

****2263. Définition.** — La possession est un *état de fait* (1), qui consiste *à détenir une chose d'une façon exclusive et à accomplir sur elle les mêmes actes matériels d'usage et de jouissance que si on en était propriétaire* (2).

(1) On dit quelquefois que la possession est une institution juridique. C'est une erreur. La possession est un fait, comme la vie humaine ; il n'y a de *juridique* et d'*institutions* que les moyens employés par la loi pour protéger ce fait ou pour le détruire. Comme la vie de l'homme, le fait de la possession est généralement protégé par la loi, mais non toujours : la loi le condamne parfois au moyen de la *revendication*.

(2) C'est ce caractère exclusif qui est l'essence de la possession, comme il est celle de la propriété : ainsi que le remarquait déjà Savigny, le batelier possède son bateau, mais non l'eau sur laquelle il navigue, bien qu'il se serve de l'une et de l'autre.

L'art. 2228 se borne à dire que la possession est « la détention ou la jouissance d'une chose ». Ces expressions sont insuffisantes, d'autant plus que le mot « détention » s'emploie dans un sens technique, quand il est seul et dépourvu de qualificatif, pour désigner un état voisin de la possession proprement dite, mais distinct (ci-dessous, nº 2311).

Ainsi définie, la possession est prise dans son sens étroit et originaire : elle éveille à la fois l'idée de *chose matérielle* et l'idée de *propriété*.

***2264. Extension progressive de l'idée de possession.** — Les jurisconsultes romains n'ont d'abord connu et compris la possession que dans son application la plus parfaite : le cas où une personne détient une chose, d'une manière actuelle et exclusive, et peut s'en servir, et au besoin la détruire ou la consommer. Sous cette forme, la possession apparaît comme étant un *pouvoir physique*, quelque chose de *matériel*, et par suite on décidait que la possession n'était possible que sur les *choses corporelles*. Mais avec le temps on admit, à côté de cette possession des choses corporelles, ou *possessio rei*, un autre genre de possession qui consistait à exercer en fait, sur une chose, un *simple droit de servitude*. Ce fut ce qu'on appela la *possessio juris* ou *quasi-possessio*. Non seulement nous avons conservé cette extension de l'idée de possession ; mais, dans notre droit moderne, la notion de possession est même sortie du domaine des droits réels pour s'étendre à d'autres droits. Ainsi on a déjà vu que l'*état des personnes* peut être possédé, puisqu'il existe une *possession d'état* (nº 434). L'art. 1240 nous parle du *possesseur d'une créance*, c'est-à-dire d'une personne qui, sans être créancier, passe pour l'être et en exerce les droits (1). — Il sera question, dans les développements qui vont suivre, uniquement de la *possession des choses corporelles*.

***2265. Choses susceptibles de possession.** — La possession ne peut s'appliquer qu'aux choses *susceptibles de propriété privée*. Il en résulte que les particuliers ne peuvent pas avoir une possession efficace, à un point de vue quelconque, ni sur les biens du *domaine public* (2), ni sur les *choses communes*, comme les eaux des petites rivières. Mais la possession est possible pour les meubles, comme pour les immeubles.

****2266. Inutilité de l'existence du droit en matière de possession.** —

(1) Nos anciens auteurs reproduisent de confiance la distinction traditionnelle. Ainsi, pour Pothier, « les choses incorporelles, c'est-à-dire celles quæ in jure consistunt, ne sont pas susceptibles d'une possession véritable et proprement dite » ; elles ne peuvent recevoir qu'une quasi-possession, et la « quasi-possession d'un droit consiste dans la jouissance qu'en a celui à qui il appartient » (*Possession*, nº 38). L'art. 2228 fait évidemment allusion à la même distinction quand il définit la possession « la détention d'une chose ou la jouissance d'un droit », et le projet de l'an VIII était encore plus explicite en disant que la possession ne s'applique proprement qu'aux choses corporelles et que les droits sont possédés « improprement par le genre de possession dont ils sont susceptibles » (Fenet, t. II, p. 405, art. 9 et 10). Néanmoins cette distinction n'a aucune raison d'être ; elle n'est que la reproduction d'une formation historique progressive, et sa formule n'est plus qu'un cadre vide. En effet, ce que les Romains appelaient « possession des choses corporelles » était la jouissance complète et exclusive d'une chose, *analogue à l'exercice régulier du droit de propriété*. Au fond la « possessio rei » était elle-même une « possessio juris », l'*exercice d'un droit*, à savoir du droit de propriété. Il n'y a donc pas lieu de maintenir la distinction romaine ; les actes qui constituent la possession ressemblent tantôt à l'exercice du droit de propriété, auquel cas on dit qu'il y a « possession d'une chose », et tantôt à l'exercice d'un autre droit, auquel cas on dit qu'il y a « possession d'un droit ». — Cependant le Code civil allemand a pris le contrepied de ces idées : pour mettre fin à des difficultés d'ordre théorique, il a entièrement supprimé la *possessio juris* ou quasi-possession des droits : il ne reconnaît plus que la possession des choses, *Sachbesitz*. Voyez sur ce point Saleilles, *Revue critique*, 1904, t. XXXIII, p. 33 et suiv.

(2) Pour l'impossibilité d'exercer les actions possessoires à l'occasion d'immeubles dépendant du domaine public, voyez Garsonnet, *Cours*, t. I, nºs 133 et 186.

La possession étant un *pur fait*, la question de savoir si le possesseur a ou n'a pas le droit d'agir comme il le fait est indifférente pour l'existence de la possession et pour la réalisation de ses effets. Il résulte de là que le possesseur qui agit *sans droit* est *assimilé* (au point de vue de la possession seulement) à celui qui exerce un droit réellement existant.

Aussi doit-on bien se garder de définir la possession, comme on le fait parfois, en disant qu'elle est « l'exercice d'un droit ». La possession est l'exercice d'un droit, quand le droit existe ; mais on peut avoir la possession sans avoir aucun droit à exercer.

****2267. Éléments constitutifs de la possession.** — Selon une doctrine traditionnelle, qui nous vient du droit romain, la possession se compose de deux éléments, l'un *matériel*, appelé « corpus », l'autre *intentionnel*, appelé « animus ».

Le « corpus » est l'*ensemble des faits* qui constituent la possession. Ce sont des *actes matériels* de détention, d'usage, de jouissance, de transformation, accomplis sur la chose. Quant aux *actes juridiques*, tels que le *bail* ou la *vente*, ils ne peuvent pas servir à constituer l'élément corporel de la possession (Cass., 14 nov. 1910, D. 1912. 1. 483), car ses actes sont possibles de la part d'une personne qui ne possède pas : il n'est pas nécessaire de posséder pour donner à bail ou pour vendre ; le *contrat* est *valable* : c'est seulement son *exécution* qui devient *impossible*. Ces contrats portent sur le *droit de propriété*, et non sur la *chose*.

Dans l'opinion courante en France, l' « animus », ou élément incorporel, est l'*intention*, chez celui qui possède, d'agir *pour son propre compte*. Aussi l'appelle-t-on « animus domini » ou « animus rem sibi habendi ». Ces expressions, inventées pour formuler les principes romains sur la possession, ne sont pas romaines ; elles ne se trouvent pas dans les textes. Elles sont du reste rejetées par Ihering et beaucoup d'auteurs à sa suite qui réduisent cet élément intentionnel à la simple volonté d'exercer sur la chose le pouvoir physique appelé possession. Voyez le numéro suivant.

L'*animus* se présume. Quand une personne détient matériellement une chose, elle n'a pas à prouver qu'elle agit pour son propre compte et qu'elle est réellement possesseur ; c'est à son adversaire à établir qu'elle n'a qu'une simple *détention*, étant possesseur pour le compte d'autrui (1).

De plus on n'exige pas une volonté consciente et spéciale s'appliquant exactement à chaque prise de possession. En bien des cas une volonté géné-

(1) Ihering (*La volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, p. 15) a fait de grands efforts pour démontrer qu'il n'y avait là aucune présomption légale. Cependant quand une personne est dispensée de prouver l'un des éléments de sa prétention, ce n'est jamais que par l'effet d'une présomption et la façon même dont s'exprime Ihering en est l'aveu : « Qui affirme l'exception doit la prouver ; qui a pour lui la règle ne doit pas établir qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exception. » On ne saurait établir en termes plus clairs une présomption basée sur l'état ordinaire des faits.

rale suffit, quand les choses ont été prédisposées pour la réception de possessions nouvelles. C'est ce qui arrive pour les lettres déposées par les facteurs dans les boîtes placées à la porte des maisons particulières : le destinataire devient possesseur de son courrier avant de savoir qu'il est déposé dans sa boîte.

2268. Controverses modernes sur l'analyse de la possession. — La manière d'analyser les éléments constitutifs de la possession donne lieu depuis de longues années à d'interminables controverses. Les idées que Savigny avait exposées ont été, sur beaucoup de points, utilement rectifiées ou complétées par Ihering, et le livre de Savigny n'est plus considéré, par la plupart des jurisconsultes modernes, que comme une vieillerie. L'exposé des conceptions individuelles qui ont été émises depuis Ihering, et qui sont nombreuses, sortirait des limites de ce livre. Le point principal du débat est le rôle de la volonté dans la possession. Savigny faisait de l'*animus possidendi* l'élément déterminant et souverain, qui créait la possession véritable ; il lui opposait un *animus detinendi* (intention de détenir pour autrui) qui réduisait le possesseur au rôle de simple détenteur. De là le nom de *théorie subjective* que l'on donne à son système. Ihering a montré que la volonté personnelle du possesseur n'avait pas ce pouvoir arbitraire sur le fait de la possession, qui deviendrait ainsi le jouet de ses caprices (*Rôle de la volonté*, trad. Meulenaere, p. 193).

Cependant Ihering ne supprime pas l'élément intentionnel dans la conception de la possession : sans volonté, point de rapport possessoire ; par exemple, il n'y a pas de possession, *si quis dormienti aliquid in manu ponat* (Paul, au *Digeste*, XLI, 2 fr. 1, § 3) ; le prisonnier ne possède pas ses chaînes. En l'absence de toute volonté de posséder, il ne peut y avoir qu'un simple *rapport de juxtaposition locale* (Ihering, *ibid.*, p. 17 et suiv.). Ihering fait donc une place à l'élément intentionnel, tout comme Savigny, et il serait bien impossible de s'en passer ; seulement il l'entend autrement et le considère comme implicitement contenu dans le pouvoir de fait exercé sur la chose ; il le transforme et ne le supprime pas.

Quant au nom de *théorie objective*, adopté par Ihering lui-même, et qui a eu tant de succès, il tient à une autre raison. Dans son opinion, on devait reconnaître la possession partout où il y a un pouvoir physique exercé volontairement sur une chose ; si l'on est amené à distinguer la simple détention de la possession véritable, c'est que dans certains cas (fermiers, locataires, dépositaires, etc.), la *causa possessionis* est de telle nature qu'elle implique détention de la chose pour autrui. Cet élément *accidentel* remplit alors une *fonction négative* ; il exclut la possession proprement dite et devient une *causa detentionis* (*ibid.*, p. 8 et 9). Partout où cette cause destructive de la possession n'est pas reconnue, le juge doit admettre l'existence de la possession, en se basant sur le fait extérieurement visible du *rapport possessoire*. De là le nom de *théorie objective*.

Il y a du reste de nombreuses nuances individuelles parmi les auteurs contemporains. Voyez notamment les idées exposées par M. Saleilles. Le résultat le plus sérieux de toutes ces controverses sera probablement de faire accorder aux détenteurs réguliers de la chose d'autrui (fermiers et locataires), qu'on ne considère pas comme de vrais possesseurs, la protection possessoire contre toute personne, excepté contre le maître de la chose qu'ils détiennent, ce qui serait un progrès sur l'état de choses actuel.

§ 2. — *Comment la possession s'acquiert et se perd.*

A. — Acquisition de la possession.

***2269. Acquisition par autrui.** — Faut-il que les deux éléments de la possession se réalisent en la personne même qui doit devenir possesseur? Il y a à cet égard une distinction à faire entre l'élément intentionnel et l'élément matériel.

1° L'*élément intentionnel*, l'intention de devenir possesseur, est en principe *requis en la*

personne même qui doit posséder ; la volonté d'un tiers ne peut pas nous rendre possesseur à notre insu. Toutefois pour les personnes qui sont incapables d'avoir un « animus » qui leur soit propre, comme les *fous* ou les *enfants*, il a bien fallu admettre que la possession serait acquise par l'intention d'autrui : elles empruntent, en quelque sorte l' « animus » de leurs représentants.

2° L'élément matériel est régi par un principe contraire : *il n'est jamais nécessaire que les actes de jouissance*, constitutifs de la possession, *soient accomplis par le possesseur en personne*. Il a toujours été admis, et cela dès l'époque romaine, qu'on peut prendre possession d'une chose « corpore alieno », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un représentant quelconque, mandataire, gérant d'affaires, etc. Du moment où cette personne prend possession de la chose en notre nom, avec l'intention de nous la faire acquérir, la possession nous est acquise, si nous en avons nous-mêmes l'intention.

B. — Perte de la possession.

***2270. Perte simultanée des deux éléments de la possession.** — La possession se perd d'abord lorsque ses deux éléments constitutifs disparaissent en même temps. Cette première manière est l'hypothèse normale : ordinairement celui qui perd la possession perd en même temps le « corpus » et l' « animus ». Ce résultat se produit dans deux séries de cas différents : 1° il y a *aliénation* : l'ancien possesseur de la chose la remet à l'acquéreur, qui possède désormais à sa place ; 2° il y a *abandon* : le possesseur jette sa chose, avec l'intention d'y renoncer ; elle devient une « res derelicta ».

2271. Perte de l'élément corporel. — La seconde manière de perdre la possession consiste à perdre le « corpus » en conservant l' « animus ». Cela arrive encore dans deux séries de cas : 1° un *tiers s'empare* en fait *de la chose* ; 2° sans l'intervention de personne, la chose échappe matériellement à son détenteur : par exemple, si c'est une *chose inanimée*, elle est *égarée* ; si c'est un *animal* qu'on tenait en captivité, *il s'enfuit*. — Dans tous ces cas, le possesseur ne pouvant en fait exercer sur la chose les actes matériels qui constituent la possession, reste vainement animé du désir de la posséder ; il a perdu la possession : son intention ne suffit pas à la lui conserver.

2272. Perte de l'élément intentionnel. — La troisième manière de perdre la possession, par la perte de l'*animus* seul, est plus difficile à concevoir : on ne se représente guère une personne qui cesserait d'avoir l'intention de posséder, tout en continuant à accomplir les actes matériels de la possession. Mais on peut supposer que le possesseur, en vendant la chose, consente à la conserver pour le compte de l'acheteur, alors qu'il la possédait auparavant pour son propre compte. C'est ce que nos anciens auteurs appelaient le *constitut possessoire* (Pothier, *Propriété*, n° 208) : le vendeur se constitue possesseur pour autrui. Désormais la possession véritable appartient à l'acheteur, et le vendeur qui a conservé le *corpus*, a perdu la possession en perdant l'*animus*.

***2273. Conservation de la possession par l'intermédiaire d'autrui.** — On peut conserver la possession, de même qu'on peut l'acquérir, par l'intermédiaire d'autrui. Ainsi *celui qui donne sa maison ou son champ à bail*, cesse de posséder matériellement sa chose ; mais comme *le locataire ou le fermier la détient pour lui*, il ne cesse pas pour cela d'en avoir la possession avec tous les avantages qui en découlent. Le propriétaire se borne à accomplir des actes juridiques qui ne sont pas constitutifs de la possession, il passe des baux, il donne des quittances de loyers ; mais les faits matériels, qui font de lui un possesseur, sont l'œuvre d'autrui ; il possède donc « corpore alieno ».

2274. Conservation de la possession immobilière par la seule intention. — Celui qui, après avoir eu la possession d'un fonds, cesse d'accomplir les actes qui constituent l'élément corporel de la possession, n'en reste pas moins possesseur de ce fonds par le seul fait qu'il conserve l'intention de posséder. On dit que dans ces cas la possession se conserve *solo animo*. C'est une règle qui nous vient du droit romain (*Digeste*, liv. XLI, tit. 2, fr. 2, § 7), et qui n'est vraie que pour les biens-fonds.

Mais pour que l' « animus » seul conserve la possession, il faut que *la chose reste matériellement à la disposition du possesseur.* Si un fait nouveau survient qui soit un obstacle à la continuation des actes de possession, la possession est perdue, malgré la conservation de l' « animus ». C'est ce qui arrive si une autre personne s'empare du fonds et en jouit paisiblement pendant un an : cette possession annale assure au nouveau possesseur le succès dans l'instance au possessoire (Cass., 11 déc. 1889, D. 91. 1. 38, S. 92. 1. 132. — Comp. Cass., 27 oct. 1891, D. 92. 1. 432, S. 92. 1. 23 ; Cass., 30 nov. 1892, D. 93. 1. 247, S. 93. 1. 68).

§ 3. — *Des vices de la possession.*

2275. Définition et énumération. — La possession *existe* dès que ses deux éléments essentiels, le « corpus » et l' « animus », sont réunis ; mais elle peut être atteinte de certains *vices* qui la rendent *inutile*, notamment pour l'exercice des actions possessoires, et pour l'acquisition de la propriété par usucapion. Ces deux effets, qui sont les avantages principaux de la possession, ne sont attachés qu'à une possession exempte de vices. Un vice de la possession est donc *une certaine manière d'être qui, sans détruire son existence, la rend juridiquement inutile.*

Ces vices sont au nombre de quatre : la *discontinuité*, la *violence*, la *clandestinité* et l'*équivoque.*

2276. Critique de la loi. — Le Code parle des vices de la possession dans l'art. 2229, à propos de la prescription. Sur cet article, il y a lieu de faire des observations. Au lieu d'envisager en lui-même le vice qui rend la possession stérile, la loi indique, sous une forme positive, la qualité inverse qui résulte de l'absence de ce vice. Ainsi, elle exige que la possession soit *paisible* (exempte de violence), *publique* (exempte de clandestinité), *continue* (exempte de discontinuité). — Il vaut mieux se préoccuper du vice, qui est une manière d'être accidentelle de la possession que de la qualité correspondante, qui est sa manière d'être normale. On se rend facilement compte alors d'une erreur commise par la loi dans son énumération : au lieu de se contenter des quatre vices que nous avons énumérés, et qui sont les seuls qui existent, la loi semble supposer qu'il y en a six, puisqu'elle énumère six *qualités* au lieu de quatre. Les deux qualités supplémentaires sont les suivantes : la possession doit être *non interrompue* et s'exercer *à titre de propriétaire* ; mais il est facile d'établir que ces deux qualités sont empruntées à un tout autre ordre d'idées, et qu'elles ne correspondent réellement à aucun vice : quand elles font défaut, il y a *absence de possession* et non pas *possession viciée.*

L'*interruption* concerne non pas la théorie de la *possession*, mais bien la théorie de la *prescription.* Elle n'est d'ailleurs pas un simple *vice* de la possession ; quand la prescription est interrompue c'est que la possession est *perdue.*

On peut dire la même chose de la sixième qualité énumérée dans la loi. La possession doit être exercée « *à titre de propriétaire* ». Ce que la loi veut dire sous cette formule, c'est que la possession ne doit pas être entachée de *précarité* : « à titre de propriétaire » signifie « à titre non précaire », comme le dit l'art. 23 C. proc. civ. Or la précarité n'est pas un *simple vice* de la possession, c'est quelque chose de bien plus grave, c'est l'*absence de possession* : la possession précaire, en effet, n'est que la *simple détention* de la chose, c'est-à-dire une situation juridique parfaitement distincte de la possession. Par conséquent, en exigeant que le possesseur agisse à titre de propriétaire, la loi ne se préoccupe pas seulement d'un vice ou d'une qualité ; c'est l' « animus domini » qu'elle exige de lui, c'est-à-dire un des éléments essentiels de la possession. Maintenons par suite ce qui a été dit plus haut, que les vices de la possession se réduisent à quatre.

1° Vice de discontinuité.

***2277. Définition.** — La possession doit être continue. La continuité consiste dans la *succession régulière des actes de possession, à des intervalles suffisamment courts pour ne pas constituer des lacunes.* On n'exige pas le maniement ou l'usage constant de la chose, à toute minute et sans aucun intervalle ; ce serait impossible et absurde. La continuité résulte d'une série d'actes accomplis à des intervalles normaux, tels que pourrait les faire un propriétaire soigneux, qui désirerait tirer de son bien tout le profit possible. Une possession qui ne s'exerce pas d'une façon régulière n'imite pas d'assez près la réalité du droit pour être protégée.

La question de savoir si les intervalles qui ont séparé en fait les actes de possession, sont assez prolongés pour constituer des lacunes et pour rendre la possession *discontinue*, est une *question de fait*, à résoudre d'après la nature de la chose possédée. Ainsi dans les hautes vallées des pays de montagne, où l'on n'envoie les troupeaux que pendant l'été ; dans les terres pauvres, où on laisse les champs en jachère une année ou deux pour reposer le sol, des actes de possession espacés par des intervalles de six mois, d'un an ou davantage, pourront suffire pour faire une possession continue. — Comme le dit un arrêt, la possession est continue, « lorsqu'elle a été exercée dans toutes les occasions et à tous les moments où elle devait l'être. » (Cass., 5 juin 1839. — Comp. Cass., 19 mars 1884, D. 85. 1. 212, S. 86. 1. 463).

2° Vice de violence.

****2278. Différence entre l'ancien droit et le nouveau.** — Le vice de violence ne s'entend plus de la même manière qu'autrefois. Jadis on ne tenait compte que de la violence qui avait accompagné la prise de possession ; une possession, qui avait été paisible à ses débuts, ne devenait pas violente par cela seul que le possesseur avait été troublé par un tiers et avait dû employer la force pour se maintenir. On considérait qu'il était licite de repousser la force par la force (Ulpien, au *Digeste*, liv. XLIII, tit. 16, fr. 1, § 28. — Comp. Pothier, *De la possession*, n° 26).

L'art. 2233 semble encore conçu dans le même système : « Les actes de violence ne peuvent *fonder* une possession capable d'opérer la prescription. » Il s'agit là évidemment de la seule *violence initiale*. Cependant les auteurs modernes et la jurisprudence exigent que la possession soit paisible *même pendant sa durée* (Garsonnet, t. I, n° 136. p. 584). Ils font remarquer que la loi, dans l'art. 2229, exige une possession *paisible*, et que le mot « paisible » n'aurait pas de sens, si on l'appliquait à quelqu'un qui n'a pu conserver sa possession que par violence. L'art. 113 de la *coutume de Paris* était déjà rédigé dans cet esprit ; il supposait que le possesseur avait joui de la chose « franchement et sans inquiétation ».

Toutefois on a apporté un double tempérament au principe nouveau :

1° Les actes de violence postérieurs à l'entrée en possession sont indifférents quand ils constituent ce qu'on appelle la *violence passive*, c'est-à-dire quand le possesseur subit les voies de fait, sans en commettre lui-même ; il est inadmissible, dit-on, qu'il puisse dépendre d'un tiers de rendre sa possession vicieuse en commettant des voies de fait contre lui ;

2° Les actes de violence même commis par le possesseur lui-même pour se maintenir en possession (*violence active*) sont encore indifférents quand ils ont été commis de loin en loin (Cass., 24 mars 1868, D. 69. 1. 83).

Ce double tempérament n'est-il pas la condamnation du système moderne? Il ne devrait y avoir de possession vicieuse que celle qui a été *acquise* par violence.

***2279. Comment se purge le vice de violence.** — Le vice né de la violence est temporaire : *dès que la violence a cessé, la possession utile commence* (art. 2233). — Cette règle crée une différence entre le droit français et le droit romain, d'après lequel la pos-

session acquise par violence restait vicieuse après la cessation de la violence ; pour purger le vice, il fallait que la chose revînt aux mains de son légitime possesseur.

2280. Caractère relatif du vice de violence. — La violence n'est qu'un vice relatif. Le possesseur actuel a expulsé une personne qui se prétendait propriétaire ; il a une possession violente à l'égard de ce précédent possesseur. Mais si le véritable propriétaire est une tierce personne, que les actes violents n'ont pas touchée, la possession sera *exempte de violence à son égard* et donnera lieu contre lui aux actions possessoires et à l'usucapion.

3° Vice de clandestinité.

****2281. Définition.** — Pour être utile, la possession doit être *publique*. Le possesseur doit agir sans se cacher, comme le font en général ceux qui exercent un droit ; sa possession sera, au contraire, *clandestine* lorsqu'il aura cherché à cacher ses actes à ceux qui avaient intérêt à les connaître.

***2282. Caractère relatif et temporaire de la clandestinité.** — Le vice de clandestinité est *relatif*, comme celui de violence. La possession peut être clandestine pour l'un et non pour l'autre, si le possesseur a laissé savoir aux uns ce qu'il cachait aux autres. Il est de même *temporaire*. Dès que la clandestinité cesse, la possession utile commence et la prescription court.

2283. Sa rareté. — La clandestinité de la possession se comprend très bien pour les *meubles*. Mais les cas de possession clandestine pour les *immeubles* sont extrêmement rares. On n'en connaît pour ainsi dire point d'exemples dans la jurisprudence, par la raison qu'il est fort difficile de se cacher pour habiter une maison ou pour cultiver une terre. Ceux que l'on cite dans la doctrine sont purement hypothétiques : on suppose qu'un propriétaire creuse une cave qui s'étend sous la maison de son voisin. Si aucun signe extérieur, tel qu'un soupirail, ne révèle l'empiétement commis, sa possession sera clandestine.

4° Vice d'équivoque.

***2284. Preuve de son existence.** — On prétend souvent que l'équivoque ne constitue pas un vice spécial de la possession, distinct des autres vices dont celle-ci peut être entachée : la possession serait équivoque lorsque l'une de ses qualités, telle que la continuité ou la publicité, serait douteuse. Cette façon d'entendre les mots « non équivoque », dans l'art. 2229, en réduit la portée à une *question de preuve*. Dire que les qualités de la possession doivent être certaines, cela veut dire qu'elles doivent être prouvées. Or le fait de la possession étant prouvé, le possesseur a fait toute sa preuve et c'est à son adversaire à établir les circonstances spéciales de violence, de clandestinité, de discontinuité, d'où il prétend tirer avantage, et si ces circonstances ne sont pas établies, la possession *existante* ne sera pas réputée *vicieuse*.

Cependant il est bien certain que l'équivoque est un *vice spécial*, qui rend parfois inutile une possession existante ; mais pour rencontrer ces hypothèses, il faut supposer que le doute ou l'équivoque porte, non pas sur les qualités secondaires de la possession, mais *sur l'un de ses éléments constitutifs*, l'intention de posséder pour soi.

Exemples : La possession sera équivoque lorsque les actes de jouissance pourront *s'expliquer de deux façons*. La plupart des exemples pratiques de possession équivoque se rencontrent dans les hypothèses de *propriétés indivises*. Chacun des copropriétaires a le droit de faire des actes de possession sur la totalité de la chose ; mais ces actes présentent un caractère ambigu parce qu'il peut les faire en vertu de son droit partiel de propriété, tout aussi bien que comme possesseur exclusif ; tant que cette équivoque dure, sa possession reste vaine contre les autres communistes : pour la faire cesser, il faut qu'il ait exclu ses copropriétaires d'une manière manifeste (Cass., 16 déc. 1873, S. 75. 1. 203).

§ 4. — *Des effets juridiques de la possession.*

A. — Généralités.

***2285. Effets de la possession.** — La possession, prise en elle-même, est *un pur fait* : une personne jouit d'une chose ; elle prétend en être propriétaire, ou avoir sur elle un droit de servitude ou d'usufruit, et elle se comporte comme si elle avait ce droit. En tout cela, il n'y a qu'un fait, et rien de juridique. Mais le fait de la possession, soit seul, soit réuni à d'autres circonstances, produit des *conséquences juridiques* (1) variées.

D'abord elle est *protégée pour elle-même* : 1° au moyen d'une *présomption de propriété*, qui la défend contre les attaques d'ordre juridique dirigées contre elle sous forme d'*actions* ; 2° au moyen d'*actions spéciales* appelées *actions possessoires*, qui la défendent contre les voies de fait.

Ensuite elle conduit à l'*acquisition de la propriété* :

1° Pour les *fruits*, que le possesseur d'une chose frugifère *gagne*, c'est-à-dire est autorisé à conserver indéfiniment, quand il le possède dans certaines conditions ;

2° Pour la *chose elle-même*, et cela soit *d'une façon immédiate*, par l'*occupation* des choses sans maître, soit *au bout d'un certain délai* (ordinairement 10 à 30 ans pour les immeubles), au moyen de l'*usucapion* ou prescription acquisitive des droits réels immobiliers.

2286. Présomption de propriété fondée sur la possession. — Tout possesseur est présumé propriétaire, parce que l'état de fait est généralement conforme à l'état de droit (Cass., 15 avril 1863, D. 63. 1. 396, S. 63. 1. 387).

En matière *immobilière*, cette présomption de propriété n'a d'autre effet que de donner au possesseur le rôle de défendeur dans le procès en revendication, ce qui est déjà pour lui un avantage considérable : en exigeant du demandeur qu'il fasse la preuve de son droit de propriété, on le met souvent dans une situation difficile ; s'il ne réussit pas à faire cette preuve, la possession restera au défendeur, non pas parce que celui-ci sera reconnu propriétaire, mais parce que son adversaire n'a pas prouvé qu'il l'était ; l'état de faire antérieur au procès subsistera, parce qu'il n'y aura pas de raison pour le changer. C'est l'effet naturel des règles de la preuve.

En matière *mobilière*, tout au moins pour les *meubles corporels*, l'effet de la présomption de propriété est plus considérable encore, parce qu'elle est

(1) Il importe de ne pas confondre ces conséquences juridiques de la possession, qu'on pourrait appeler les *jura possessionis*, avec le droit de posséder (*jus possidendi*). Le droit d'avoir la possession résulte de la propriété : c'en est l'utilité première, et *ce droit n'appartient qu'au propriétaire seul, et à ceux qui le tiennent de lui* (usufruitiers, gagistes, locataires, etc.) ; nul autre n'a le « droit » de posséder sa chose. Au contraire, *tout possesseur de fait*, quel qu'il soit, peut réclamer les conséquences juridiques de la possession.

fréquemment irréfragable ; la revendication est refusée dans bien des cas au véritable propriétaire du meuble (ci-dessous, nos 2459 et suiv.), auquel cas on peut dire que la possession fait vraiment acquérir la propriété (1). Comp. la note sous Aix, 3 févr. 1902, D. 1904. 2. 289.

2287. Renvoi. — La plupart des effets de la possession trouveront leur place plus loin, soit à propos de la revendication, soit à propos des manières d'acquérir la propriété. Il y a lieu d'expliquer ici seulement l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi et les actions possessoires.

B. — De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

****2288. Droit du propriétaire sur les fruits.** — En principe, les fruits produits par une chose appartiennent à son propriétaire, ou à ceux à qui il a cédé son droit de jouissance, comme un usufruitier ou un fermier (art. 547). Par conséquent, lorsque sa chose est aux mains d'une personne qui n'y a aucun droit, le propriétaire peut réclamer par la revendication, non seulement la restitution de la chose principale, mais aussi la restitution des fruits perçus par le possesseur, même ceux qui sont déjà consommés et même parfois ceux que le possesseur a négligé de percevoir (Cass., 2 avril 1878, D. 82. 1. 353, S. 79. 1. 261). Les uns seront restitués en nature, les autres en valeur.

Observons toutefois que le possesseur a le droit de déduire sur les fruits les dépenses qu'il a faites pour les obtenir, labours, semences, coupes, etc. (voyez l'art. 548). Le propriétaire aurait été obligé de faire ces dépenses, s'il avait eu la possession de sa chose. C'est donc le *produit net* seulement, et non le produit brut, qui doit être restitué. C'est un compte à établir entre les parties.

2289. Exceptions. — La loi fait cependant deux exceptions à la règle d'après laquelle les fruits sont dus au propriétaire. Ces exceptions existent :

1° *Au profit des envoyés en possession des biens d'un absent.* — En vertu de l'art. 127, ils ne restituent jamais à l'absent, quand il est de retour, qu'une faible partie des revenus dont ils ont eu la jouissance en son absence : le *cinquième*, s'il reparaît dans les 15 premières années qui ont suivi sa disparition ; le *dixième* seulement, s'il revient après 15 ans, mais avant 30 ans ; enfin *ils gardent la totalité* des revenus, au cas où l'absent ne reparaîtrait qu'après 30 ans passés. — Notez que ces délais ont pour point de départ la *disparition* de l'absent, et non l'envoi en possession. Voyez n° 629.

2° *Au profit du possesseur de bonne foi* (art. 549-550). Voyez les numéros suivants.

4° Du titre du possesseur et de sa bonne foi.

****2290. Définition du possesseur de bonne foi.** — Qu'est-ce que le possesseur de bonne foi? L'art. 550 en donne la définition suivante : c'est celui *qui*

(1) Les deux espèces de possession, mobilière et immobilière, peuvent se combiner. Quand un propriétaire habite son immeuble, il est présumé propriétaire des meubles qui le garnissent ; ainsi il peut demander la nullité de la saisie du mobilier par le créancier d'un de ses enfants (Cass., 31 janv. 1900, D. 1900. 1. 281). Mais en ce cas d'habitation commune, la possession peut devenir équivoque (Paris, 2 mai 1894, D. 95. 2. 259 et la note).

possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

****2291. Du titre du possesseur.** — Dans l'art. 550, le mot « titre » n'a pas le sens que nous lui avons déjà vu dans l'art. 46 (nos 535 et 540) où il désigne des écrits (*instrumenta*) ; il désigne ici un *acte juridique* (*negotium*), ce qui est bien différent. Il importe donc peu que le possesseur ait ou non un titre écrit ; ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Pour servir au possesseur à acquérir les fruits, l'acte juridique en vertu duquel il possède doit être *translatif de propriété*, c'est-à-dire capable de faire acquérir la propriété. Comme exemples, on peut citer la *vente*, la *donation*, le *legs*, l'*échange* ; ces actes sont des titres translatifs, parce qu'ils sont des manières d'aliéner et d'acquérir. Au contraire, ne sont pas translatifs les actes par lesquels on cède la possession ou la jouissance de sa chose sans l'aliéner, comme le *louage* ou *bail*, la constitution d'un *gage*, le *dépôt*.

****2292. Des vices du titre.** — Comme on suppose que le possesseur n'est pas propriétaire, bien qu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété, il faut nécessairement que ce titre soit « vicié », c'est-à-dire qu'il y ait eu de fait un *obstacle* qui, dans ce cas particulier, *a empêché le juste titre de produire son effet ordinaire*. Le vice le plus fréquent est le *défaut de propriété en la personne de l'auteur du titre*, dont le possesseur actuel est l'ayant cause : lorsque l'aliénation a été faite par un non-propriétaire, elle n'a pas pu transmettre la propriété. « Nemo dat quod non habet ». D'autres vices encore peuvent empêcher le juste titre de produire son effet. Par exemple, l'*incapacité de l'aliénateur*, le *défaut de formes d'une donation*, l'*irrégularité d'un testament*, etc.

****2293. De la bonne foi.** — La bonne foi du possesseur consiste à *ignorer le vice* qui l'a empêché de devenir propriétaire ou qui rend fragile son titre d'acquisition : il a cru que son auteur était propriétaire et capable d'aliéner ; que le testament qui l'a institué légataire était valable, etc.

La bonne foi peut résulter d'une *erreur de droit* aussi bien que d'une *erreur de fait* : la loi ne distingue pas. Ainsi le possesseur sera de bonne foi s'il a cru recevoir valablement par une donation dénuée de formes.

****2294. Charge de la preuve.** — A qui incombe la preuve? S'il prétend conserver les fruits, le possesseur doit tout d'abord produire son titre. Ce devrait être encore à lui, semble-t-il, à prouver qu'il était de bonne foi et ignorait l'existence du vice, car, quand il prétend retenir les fruits, il oppose une exception au revendiquant ; c'est donc à lui de prouver qu'il remplit toutes les conditions exigées par la loi pour l'acquisition des fruits. Ce serait l'application stricte et régulière de la règle : « Reus excipiendo fit actor » (ci-dessus, n° 357). Cependant on admet en général que *la bonne foi se présume*, par analogie avec la décision que donne l'art. 2228 pour l'usu-

capion. La bonne foi étant présumée, c'est donc au revendiquant, s'il veut obtenir la restitution des fruits, à prouver que le possesseur connaissait les vices dont son titre est atteint.

2295. Du titre putatif. — Il peut arriver que le titre en vertu duquel la chose est possédée n'existe que dans l'imagination du possesseur. Tel est le cas de l'*héritier apparent*, c'est-à-dire du parent qui se croit appelé à recueillir la succession, mais qui, en réalité, est exclu par un héritier plus proche dont il ignorait l'existence. C'est ce qu'on appelle le *juste titre putatif*. En matière d'usucapion, le titre putatif ne suffit pas ; il faut un titre réel. Pour l'acquisition des fruits, au contraire, il est généralement admis que le juste titre ne forme pas une seconde condition distincte de la bonne foi : il n'en est que la justification. Par conséquent, la *croyance excusable et plausible* à l'existence d'un titre tient lieu du titre lui-même et autorise la rétention des fruits (Demolombe, t. IX, nº 602 ; Aubry et Rau, § 206, texte et note 15 ; Demante et Colmet de Santerre, t. II, nº 385 *bis*, IV ; Huc, t. IV, nº 120. — En sens contraire, Laurent, t. VI, nº 208).

2º Des fruits et de leur mode d'acquisition.

****2296. Définition des fruits.** — On entend par « fruits » *tout ce qu'une chose produit à des intervalles périodiques, sans diminution de sa propre substance.* A côté des fruits proprement dits, on rencontre certains produits qui n'ont pas le caractère de fruits, et auxquels on réserve le nom de *produits*, les uns parce qu'ils ne sont pas périodiques, comme des coupes de bois exceptionnelles, les autres parce qu'ils épuisent la substance de la chose, comme les matériaux extraits d'une carrière. La distinction des fruits et des produits sera étudiée en détail à propos de l'usufruit (ci-dessous, nºs 2779 et suiv.). Pour le moment, il suffira d'indiquer qu'il existe deux sortes de fruits : 1º les *fruits en nature*, qui comprennent les récoltes de toute espèce produites par la terre, et 2º les *fruits en argent* ou *fruits civils*, qui comprennent les loyers et fermages des maisons et des terres.

***2297. Règle applicable aux produits.** — Les règles qui vont suivre ne concernent que l'*acquisition des fruits*. Quant aux produits, qui n'ont pas le caractère de fruits (coupes de bois dans les futaies non aménagées, matériaux extraits de carrières non exploitées, etc.), *le possesseur n'y a jamais droit* ; le propriétaire peut toujours en exiger la restitution.

***2298. Motifs de l'acquisition des fruits.** — Le possesseur gagne les fruits parce qu'il est censé les avoir consommés au fur et à mesure. La restitution de plusieurs années de revenus accumulés serait sa ruine. Les anciens disaient : « *Lautius vixit*, non est locupletior ». On se trouve, en effet, en présence de deux personnes ; l'une, le propriétaire, a été négligent en laissant sa chose aux mains d'autrui ; l'autre, le possesseur, n'a rien à se reprocher ; il est naturel, puisqu'il y a une perte à subir, qu'on sacrifie le propriétaire. La dispense de restitution est donc accordée uniquement *pour éviter un appauvrissement au possesseur*.

****2299. Mode d'acquisition des fruits.** — Ainsi le possesseur de bonne foi *gagne les fruits* ; il les fait *siens*. Reste à savoir de quelle manière ces fruits deviennent sa propriété. Leur acquisition se fait *par la perception*, c'est-à-dire par un acte spécial du possesseur qui les recueille. Il n'y a pas de distinction à faire à ce point de vue entre les fruits en nature et les fruits civils, tous s'acquièrent de la même façon. Par conséquent, les loyers et

fermages échus, mais non encore touchés par le possesseur, ne lui appartiennent pas ; ils sont dus au propriétaire qui revendique. Cette règle relative au possesseur n'est pas écrite expressément dans les art. 549 et 550, mais elle est traditionnelle, et la preuve que le Code n'a pas entendu l'abandonner s'en trouve dans les art. 138 et 962, qui tous deux ne laissent au possesseur que les fruits *perçus* par lui. L'art. 962, relatif à une donation révoquée, spécifie même qu'il s'agit des fruits *de quelque nature qu'ils soient*, ce qui écarte toute distinction. On verra que l'usufruitier est soumis à des règles différentes pour l'acquisition des fruits.

****2300. Quand cesse l'acquisition des fruits.** — Le droit du possesseur sur les fruits finit de deux façons différentes. Il cesse, malgré la perception :

1° *Quand le possesseur cesse d'être de bonne foi même avant d'être poursuivi* (art. 550, al. 2). — La bonne foi doit donc exister au moment même où les fruits sont perçus ; la mauvaise foi survenant empêche d'acquérir ceux qui seront perçus à l'avenir, parce que le motif de leur acquisition a disparu. — On verra que la règle est différente pour l'usucapion ; la mauvaise foi en survenant n'empêche pas l'usucapion de s'accomplir ; elle n'est requise qu'au début de la possession.

2° *Quand il est actionné en revendication par le propriétaire.* — Le revendiquant a droit à la restitution des fruits, à compter du jour où l'instance a été engagée ; les lenteurs de la procédure ne doivent pas lui nuire ; il doit obtenir tout ce qu'il aurait eu, si le litige avait été réglé le jour même.

Remarquez que ces deux hypothèses ne se confondent pas. Le possesseur ne devient pas nécessairement de mauvaise foi par le seul fait des poursuites dirigées contre lui ; il a pu avoir des motifs sérieux de se croire encore légitime propriétaire, même au cours du procès en revendication. Par conséquent, il y a utilité à mentionner la seconde cause à côté de la première.

2301. Actions donnant lieu à la rétention des fruits par le possesseur. — Pour expliquer les art. 549 et 550, on se place en général dans l'hypothèse d'une *revendication*, action réelle exercée par le vrai propriétaire contre un possesseur qui tient son titre d'un tiers. C'est en effet l'hypothèse normale, la plus simple et la première à signaler, mais ce n'est pas la seule. Le possesseur de bonne foi peut conserver les fruits, *même quand il tient son titre du propriétaire en personne*, et que celui-ci lui enlève la chose en exerçant contre lui une *action personnelle* (action en nullité ou en rescision). Le droit aux fruits est donc également fondé, quelle que soit la nature de l'action exercée contre le possesseur, personnelle ou réelle. Telle est la *règle*, mais *il y a des exceptions.*

La première exception a lieu lorsque le titre de l'acquéreur se trouve *rétroactivement détruit* par l'effet d'une *condition résolutoire* ou par l'exercice d'une *action en résolution* fondée sur l'art. 1184, ou sur les art. 954 et 1654, qui ne sont du reste que des applications particulières du principe général formulé dans l'art. 1184. — La rétroactivité de la résolution a spécialement pour but de rendre à celui qui en bénéficie la jouissance de sa chose pendant le temps où il n'en a pas eu la possession ; le possesseur intérimaire ne peut donc pas garder les fruits. L'application de l'art. 549 est ainsi inconciliable avec la rétroactivité intentionnelle de ce genre de résolutions.

La seconde exception a lieu lorsqu'il y a un *texte formel*, réglant d'une façon spéciale le

moment à compter duquel la restitution des fruits sera due (art. 856, 928, 958, 962, 1682, etc.). Ces dispositions particulières excluent l'application du principe général de l'art. 549.

C. — Protection judiciaire de la possession immobilière.

(Actions possessoires.)

2302. Bibliographie. — Un grand nombre de *traités* ont été publiés sur les actions possessoires ; la plupart sont déjà anciens et hors d'usage. Les principaux sont ceux d'Aulanier, 1829 ; de Caron, 2e édit., 1841 ; de Belime, 1842 ; de Garnier, 1853 ; de Bioche, 1864, etc. Parmi les plus récents, citons ceux de Demarquet, 1892, et de Raviart, 1901 (ce dernier de pure pratique). Études historiques par Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1849 ; de Parieu, *Études historiques et pratiques sur les actions possessoires*, 1850 ; Gabriel Bourcart, même titre, 1880 (Thèse). — R. de Birague d'Apremont, *La complainte possessoire*, thèse, Paris, 1902.

****2303. Caractères généraux des actions possessoires.** — La possession des immeubles est protégée pour elle-même, qu'elle soit réunie à la propriété ou séparée et exercée en fait par un non-propriétaire. La loi donne au possesseur des actions particulières, appelées « actions possessoires », qui lui servent à se faire maintenir en possession, quand il est troublé, et à recouvrer la possession, quand il l'a perdue.

Ces actions ont le caractère d'*actions réelles* (1). Elles sont de la compétence des *juges de paix*, qui statuent à charge d'appel, et elles ont une durée très courte ; elles doivent en effet être exercées *dans l'année du trouble ou de la dépossession* (C. proc. civ., art. 23 et suiv. ; L. 12 juillet 1905, sur les justices de paix, art. 7-2o).

***2304. Absence d'actions possessoires en matière mobilière.** — Les actions possessoires ne sont *données qu'en matière immobilière*. Elles sont exclues, pour les meubles isolés, par la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre ». Quant aux *universalités de meubles*, il y a eu quelque doute à cause de divers textes anciens, qui accordaient les actions possessoires (Coutume de Paris, art. 97 ; Coutume d'Orléans, art. 489 ; Ord. de 1667, tit. XVIII, art. 2). Mais il est admis aujourd'hui que les universalités de biens ne peuvent pas faire l'objet d'une possession véritable ; on ne possède que les choses dont elles se composent (Garsonnet, *Cours de procédure*, t. I, no 130). Du reste, pour déterminer la compétence du juge de paix, on se réfère uniquement à la situation des biens, ce qui ne peut convenir qu'à des immeubles. Par suite, la distinction du *possessoire* et du *pétitoire* n'est qu'une subdivision des *actions réelles immobilières*. Sur cette distinction, voyez les ouvrages de procédure civile. *Adde* Huc, t. IV, no 114.

2305. Origine des actions possessoires. — Nos actions possessoires ne se rattachent pas aux anciens interdits romains ; du moins leur filiation historique est perdue. On a vainement tenté de la rétablir à l'aide d'un prétendu « interdictum generale », qui aurait remplacé les anciens interdits spéciaux (Idée émise par Cujas. Voyez Ihering, *Du fondement de la protection possessoire*, trad. Meulenaere, 2e édit., p. 105 ; Bourcart, *Des actions possessoires*, thèse, nos 56 et suiv. ; Garsonnet, *Cours de procédure*, t. I, no 131, p. 543 et suiv.).

Les actions du droit moderne *viennent du droit canonique*. Au moyen âge, elles étaient au nombre de trois :

(1) Pothier rangeait les actions possessoires parmi les actions personnelles, et les faisait naître d'un délit ou d'un quasi-délit (*Introd. génér. aux coutumes*, no 118).

1° La *réintégrande*. Celle-ci, qui est la plus ancienne, a son point de départ dans un texte des *Fausses décrétales*, le canon *Redintegranda* (sur les Fausses décrétales, voy. VIOLLET, *Précis*, p. 55 et suiv.). Ce canon ne s'occupait pas de formuler les règles de la possession d'une manière générale ; il y était uniquement question des évêques expulsés de leurs sièges (*Corpus juris canonici*, édit. Richter, Leipzig, 1839, t. I, p. 433) (1), mais les canonistes généralisèrent sa décision. Ils tirèrent de là une *actio spolii* et une *exceptio spolii*, destinées à protéger celui qui avait été dépossédé par violence. Ce fut le « remedium spolii » du moyen âge, la réintégrande du droit moderne (BEAUMANOIR, chap. XXXII, n° 23).

2° La *complainte*, qui apparaît au XIIIe siècle dans les *Coutumes de Beauvoisis*, de Beaumanoir (chap. XXXII, n° 23). Elle supposait non pas une dépossession, mais *un simple trouble* ; elle était destinée à faire cesser le trouble, et n'était pas donnée quand il y avait eu dépossession.

3° La *dénonciation de nouvel œuvre*, imitée de la *nunciatio novi operis* du droit romain. Elle servait à faire cesser le trouble spécial qui résultait pour un propriétaire foncier de travaux nouveaux entrepris par son voisin.

2306. Fusion des actions possessoires en une seule au XIVe siècle. — Les trois actions possessoires ne restèrent pas longtemps distinctes. La complainte et la réintégrande furent confondues en une seule au XIVe siècle, sous l'influence de Simon de Bucy, premier président du Parlement de Paris, mort en 1358. Il fit admettre que celui qui aurait été expulsé de son héritage n'en perdrait que la *possession de fait* et conserverait la *saisine*. Depuis lors, il n'y eut plus qu'une seule action possessoire, appelée *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, qui servait à la fois à se faire maintenir en possession en cas de trouble, et à reprendre la possession de fait, en cas de perte (LAURIÈRE, *Coutume de Paris*, édit. 1777, t. I, p. 257). Toutes les actions possessoires, quel qu'en fût le nom, exigeaient également la possession annale (voyez cependant GARSONNET. t. I, p. 551, note 42). La dénonciation de nouvel œuvre n'offrait plus d'autre particularité que la faculté de continuer les travaux en baillant caution (GARSONNET, t. I, p. 551, note 44).

2307. Jurisprudence actuelle. — La Cour de cassation admet qu'il existe trois sortes d'actions possessoires, la *complainte*, la *réintégrande* et la *dénonciation de nouvel œuvre*, et que ces trois actions diffèrent à la fois par les circonstances qui leur donnent naissance et par leurs conditions d'exercice.

Son principal argument est que les textes les nomment toutes trois (art. 2060 C. civ., mentionnant la réintégrande ; art. 6 de la loi du 25 mai 1838, les mentionnant toutes). Mais cet argument se retourne contre elle, car il est démontré que la pratique française, depuis plusieurs siècles, confondait toutes ces actions en une seule, soumise toujours aux mêmes règles, et que les noms différents qu'on donnait à cette action unique servaient seulement à distinguer les *occasions* dans lesquelles on l'exerçait (GARSONNET, *Cours*, t. I, § 131). D'autre part, il est certain que les auteurs du Code de procédure n'ont pas eu l'intention d'innover sur ce point, non plus que les Chambres législatives de 1838. On peut remarquer d'ailleurs que la loi de 1838, après avoir mentionné la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre, ajoute : « et autres actions possessoires », ce qui ôte à son énumération toute valeur technique, car il est certain que le droit français n'en a jamais connu que trois. Néanmoins cette jurisprudence est bien établie (Cass., 16 nov. 1835 ; DALLOZ, *Répert.*, v° Actions possessoires, n° 103 ; Cass., 2 juill. 1862, D. 62. 1. 354, S. 62. 1. 836 ; Cass., 27 févr. 1878, D. 78. 1. 277, S. 78. 1. 216).

2308. La complainte. — La complainte est l'action possessoire par excellence. Elle n'est donnée qu'au *véritable possesseur*, à celui qui a l' « animus domini », et encore faut-il qu'il

(1) Les documents apocryphes connus sous le nom de Fausses décrétales ont été probablement composés au IXe siècle par un évêque du Mans, nommé Aldric, à l'occasion des affaires religieuses de Bretagne : un chef breton, Nominoé, s'était révolté contre Charles le Chauve, l'avait vaincu et s'était déclaré indépendant : pour se faire sacrer roi, il chassa les évêques francs, qui refusaient de légitimer sa rébellion, et les remplaça par des évêques de race bretonne, en leur donnant un archevêque qu'il installa à Dol. Aldric se proposait de défendre le droit des évêques dépossédés par Nominoé.

remplisse une double condition : il doit *avoir une possession exempte de vices*, et *avoir possédé pendant une année* au moins avant le trouble dont il se plaint (art. 23 C. proc. civ.). La condition de *possession annale* est la caractéristique des actions possessoires modernes ; elle n'est pas romaine et nous vient du *droit germanique* ; c'est l'ancienne *saisine d'an et jour*. Toutefois le délai actuel est exactement d'un an ; le jour supplémentaire, qui n'était exigé jadis que pour mieux marquer l'achèvement de l'année, a été supprimé.

La complainte peut servir à recouvrer la possession perdue, tout aussi bien qu'à la conserver en faisant cesser un trouble : elle correspond donc tout à la fois à l'ancienne complainte et à l'ancienne réintégrande.

2309. La réintégrande. — La réintégrande diffère de la complainte par les faits qui lui donnent naissance : elle suppose une *dépossession violente*. La jurisprudence admet en outre que les conditions d'exercice de la réintégrande ne sont pas les mêmes que celles de la complainte ; elle l'accorde plus facilement. Ainsi elle se contente d'une possession de fait *paisible* et *publique*, de sorte qu'il y a trois conditions de la complainte qui ne sont pas exigées pour l'exercice de la réintégrande, savoir : 1° l'*annalité* de la possession antérieure aux voies de fait ; 2° l'*animus domini* ; 3° l'*existence d'une chose susceptible de propriété privée* (Cass., 25 mars 1857, D. 58, 1. 315 ; Cass., 24 juill. 1865, D. 65. 1. 441 ; Cass., 18 juin 1866, D. 66. 1. 426). Par suite, celui qui est *simple possesseur précaire*, s'agît-il même d'un bien du *domaine public* et d'une possession de *quelques semaines*, celui-là est protégé contre les dépossessions violentes au moyen de la réintégrande. Ce qui revient à dire que la réintégrande moderne n'est pas une action *possessoire*, puisqu'elle est indépendante du fait de la possession et peut être donnée à quelqu'un qui n'est pas possesseur.

Pour justifier cette solution, — qui ne trouve d'appui ni dans les textes ni dans l'histoire, — on a dit que les voies de fait ne peuvent pas être tolérées dans une société civilisée et que si cette action n'existait pas il faudrait l'inventer. Ce raisonnement prouverait beaucoup trop et il conduirait à donner les mêmes solutions pour la complainte, car le simple trouble est aussi une voie de fait. Du reste, ce système dénature complètement la notion de l'action possessoire, et au lieu d'une *action réelle*, qu'elle est certainement, il en fait une simple *action personnelle*, qui ne peut plus être donnée que contre l'auteur du trouble et ses héritiers, seuls responsables du dommage causé. C'est une conséquence qui a été admise par quelques auteurs, notamment par MM. Aubry et Rau (t. II, p. 168). La réintégrande moderne diffère donc profondément de l'ancienne.

2310. La dénonciation de nouvel œuvre. — La jurisprudence a plus d'une fois affirmé la persistance de cette action à l'état distinct (Cass., 11 déc. 1844, D. 45. 1. 57, S. 45. 1. 254 ; Cass., 7 avril 1875, D. 75. 1. 381, S. 75. 1. 299 ; Cass., 21 févr. 1910, P. et S. 1913. 1. 385). Son utilité propre serait d'obtenir la suspension des travaux commencés, même avant toute réalisation d'un préjudice. Elle aurait donc pour objet d'empêcher un *trouble futur*, tandis que les deux autres actions possessoires supposent un préjudice déjà réalisé. Mais son maintien paraît plus théorique que pratique : toutes les fois qu'il en a été question, l'arrêt a reconnu que le préjudice existait déjà et que l'action exercée avait plutôt le caractère d'une complainte que d'une dénonciation de nouvel œuvre. Voyez cependant Cass., 1er déc. 1829, D. 30. 1. 17, S. 30. 1. 32.

§ 5. — *De la détention ou possession précaire.*

****2311. Définition.** — La détention consiste à *posséder une chose avec la permission et pour le compte de son propriétaire*. Le détenteur ressemble à un possesseur, parce que la chose est matériellement à sa disposition et qu'il exerce sur elle le pouvoir physique appelé « possession » ; cependant la loi ne le reconnaît pas comme possesseur et ne le protège pas comme tel, parce qu'elle attribue la possession au propriétaire, qui a transmis

sa chose au détenteur sous condition de restitution et qui est considéré comme continuant à la posséder *corpore alieno* (1). La détention constitue donc une *situation juridique parfaitement définie*, et qui est tout à fait *distincte de la possession véritable* : elle est d'ordre inférieur et ne procure pas, à beaucoup près, les mêmes avantages que la véritable possession.

***2312. Qualifications.** — Pour qualifier cette situation, les anciens disaient : « in possessione esse, detinere », ou « possessio naturalis ». Nous disons *détention*. Souvent aussi, on donne aux détenteurs le nom de *possesseurs précaires* ou *possesseurs à titre précaire*. Comp. l'art. 2236, al. 1 et 2 : du rapprochement de ces deux alinéas, il résulte que ceux qui *possèdent pour autrui* possèdent *précairement*. La qualification de « précaire », empruntée au droit romain, est ici détournée de son sens historique. Le *precarium* romain était un contrat spécial qui donnait à une personne la pleine jouissance du bien d'autrui, en laissant au concédant une faculté absolue de révocation. Aucun des possesseurs précaires du droit moderne ne se trouve exactement dans cette situation.

****2313. Exemples.** — Sont détenteurs ou possesseurs précaires :

1° Les *locataires* ou *fermiers*, qui tiennent la chose en vertu d'un contrat de louage ;

2° Les *métayers*, qui sont associés pour la culture avec le propriétaire du fonds en vertu du *colonage partiaire*, sorte de bail intermédiaire entre le louage proprement dit et la société ;

3° L'*emphytéote*, qui cultive en vertu d'un bail à longue durée ;

4° Les *créanciers gagistes*, qui détiennent une chose mobilière, à titre de *nantissement*, en vertu d'un contrat de gage ;

5° Les *créanciers antichrésistes*, à qui un immeuble a été donné en nantissement, au moyen d'un contrat spécial appelé *antichrèse* ;

6° Les *dépositaires* et *séquestres*, qui ont la chose d'autrui en *garde* ;

7° Les *administrateurs du bien d'autrui* (mandataires, tuteurs, maris, etc.), qui en ont la garde et la gestion ;

8° Les *commodataires*, qui ont reçu la chose à titre de *prêt à usage*.

***2314. Cause de la précarité.** — La possession précaire n'est jamais un fait irrégulier, contraire au droit, tandis que la vraie possession l'est assez souvent, par exemple dans les cas de vol ou d'usurpation. Toutes les personnes qui possèdent une chose précairement la détiennent *en vertu d'un titre régulier* ; elles ont fait un contrat avec le propriétaire, ou bien elles sont chargées par la loi ou la justice d'une mission spéciale (voyez les exemples précités), et, si la chose d'autrui se trouve entre leurs mains, c'est pour l'exécution de ce contrat ou de cette mission. Mais c'est juste-

(1) La distinction entre la détention et la possession est le progrès principal que présente la doctrine d'Ihering sur celle de Savigny. Pour Savigny, si le détenteur n'est pas possesseur, c'est parce qu'il n'a pas l'*animus domini*, il n'a pas voulu posséder pour lui-même. — Pour Ihering, l'*animus* du possesseur ne peut jouer ce rôle décisif ; la volonté de posséder est exactement la même chez le détenteur et chez le possesseur, elle ne peut donc servir de criterium pour les distinguer, et la différence à faire entre eux vient de la *fonction négative* qu'Ihering attribue à la *causa detentionis*, c'est-à-dire à l'existence d'un contrat ou d'une loi qui fait du possesseur un détenteur pour autrui. Voyez ci-dessus, n° 2268.

ment l'existence de ce titre spécial qui les constitue en état de précarité, parce qu'il *implique la reconnaissance du droit d'autrui.* En effet, la chose d'autrui ne leur a pas été remise pour la garder indéfiniment ; elles ont contracté à son égard une *obligation de restitution*, à échéance plus ou moins éloignée ; elles détiennent pour autrui.

****2315. Qui est véritable possesseur en cas de possession précaire.** — Tant qu'une chose n'est pas abandonnée en fait, il faut que sa possession se trouve quelque part, qu'elle soit aux mains de quelqu'un. Si le *détenteur* n'en est pas *possesseur*, la possession appartient à *celui pour le compte duquel la chose est détenue.* Ainsi, quand une chose est louée, prêtée, déposée, engagée, etc., c'est le propriétaire de cette chose qui en est réputé possesseur ; c'est en sa personne que se réalisent les effets avantageux de la possession ; c'est lui qui a les actions possessoires, lui qui prescrit : il possède en effet la chose « corpore alieno » (ci-dessus, nos 2269 et 2273), par l'intermédiaire de la personne à laquelle sa chose est confiée.

****2316. Inefficacité de la possession précaire.** — La possession précaire ou simple détention ne produit pas les effets de la possession ; notamment *elle ne donne pas les actions possessoires* et *elle ne conduit pas à l'usucapion.* Cela s'explique parce qu'elle n'est pas une vraie possession, il manque au détenteur l'un des deux éléments essentiels de la possession, l'intention de posséder la chose pour son propre compte.

Nos possesseurs précaires diffèrent, par là encore, des anciens précaristes romains : ceux-ci étaient de vrais possesseurs ; ils avaient la *possessio ad interdicta*, car on leur donnait les interdits contre tout le monde contre le concédant.

***2317. Caractère absolu de la précarité.** — Une possession entachée de précarité est inutile d'une façon absolue ; elle ne peut produire d'effets contre personne. Son défaut tient à l'absence d'un élément essentiel, et *ce défaut, réalisé en la personne même du possesseur, existe naturellement à l'égard de tout le monde.* Par conséquent, alors même que le titre qui constitue le détenteur en état de précarité, un bail, par exemple, émanerait d'un autre que le vrai propriétaire, le détenteur ne peut pas prescrire, même contre celui-ci. Mais le propriétaire n'en est pas beaucoup plus avancé pour cela : en effet, le locataire, possesseur précaire, possède pour le compte de son bailleur, qui, lui, a pu prescrire.

****2318. Perpétuité de la précarité.** — L'état de précarité est *perpétuel* par sa nature. Il subsiste en principe indéfiniment, « etiam per mille annos », disait Dumoulin ; il se transmet de génération en génération, aux *ayants cause universels* du détenteur (art. 2237). Ceci se comprend : la précarité résulte de l'existence d'une obligation de restitution, contractée par le détenteur relativement à la chose qu'il détient ; cette obligation se transmet, comme toutes les autres, à ses héritiers et autres successeurs qui recueillent son patrimoine. Les héritiers sont, comme leur auteur, simples possesseurs précaires, même quand ils ignorent l'existence de cette obligation de restituer et qu'ils croient posséder la chose pour leur propre compte. Leur erreur ne suffit pas pour modifier une situation qui s'impose à eux.

Au contraire, si le détenteur transmet la chose à une autre personne par un acte translatif de propriété *à titre particulier*, celui qui la reçoit ainsi n'est pas un détenteur précaire ; il est un véritable possesseur. Ceci se comprend encore : le successeur à titre particulier n'a pas succédé aux obligations de son auteur (voyez ci-dessus, nos 303 et 304).

****2319. Comment cesse la précarité.** — La précarité, qui empêche le détenteur d'être possesseur, n'est cependant pas indélébile. Le détenteur *peut se transformer en possesseur véritable* et détenir la chose d'une manière utile désormais, soit pour les actions possessoires, soit pour l'usucapion. Cette transformation ne résulte pas d'un simple *changement de volonté* de la part du détenteur : s'il s'avise un jour de vouloir posséder pour son compte, il acquiert inutilement l' « animus domini ». Son titre primitif, qui le constitue en état de précarité, crie pour ainsi dire contre lui et rend inefficace sa volonté présente : possesseur précaire il est, possesseur précaire il reste, c'est-à-dire simple détenteur et non possesseur, *tant qu'il continue à détenir la chose en vertu de son titre primitif*. Mais si le simple changement de volonté du détenteur est incapable de le transformer en possesseur, tant que dure le titre primitif de sa possession, l'*interversion de ce titre* opère ce résultat et remplace la possession précaire par une possession véritable.

***2320. Formes de l'interversion du titre.** — Cette interversion a lieu de deux manières : 1° par *une cause venant d'un tiers* ; 2° par *une contradiction aux droits du propriétaire* (art. 2238).

Interversion venant d'un tiers. — On suppose que le possesseur précaire, jusque-là simple locataire ou usufruitier, achète l'immeuble d'un tiers qu'il croit être le véritable propriétaire, ou qu'une autre cause d'acquisition se réalise à son profit dans les mêmes conditions, échange, donation, legs, etc. Il possède désormais, en vertu d'un titre qui lui aurait transféré la propriété, s'il émanait du propriétaire de la chose. *Le titre de sa possession* est donc *interverti* ; au lieu d'un *titre précaire*, il a un *titre de propriétaire* ; il va pouvoir prescrire. A une condition toutefois : c'est qu'au changement de titre corresponde un *changement dans sa conduite*. Par exemple, il possédait jusqu'alors à titre de *locataire* ou de *fermier* et il payait un loyer ou fermage à son propriétaire. Il faut qu'il cesse ces paiements ; sans quoi, sa possession serait atteinte d'un vice spécial, qu'on appelle l'*équivoque* (ci-dessus. n° 2284) : on ne saurait s'il possède comme propriétaire ou comme locataire, et sa possession nouvelle serait contredite et paralysée par la continuation de son ancienne possession à titre précaire.

Tout ceci suppose que le détenteur a agi de bonne foi, car s'il a su qu'il traitait avec un non-propriétaire, l'acte n'est pas sérieux ; il n'a eu d'autre but que d'opérer, de mauvaise foi, une interversion de titre, et ce fait ne dépend pas de la volonté du détenteur. Comme le dit l'art. 2240, « on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession ».

Contradiction opposée au propriétaire. — Il ne s'agit pas d'une simple *négation* du droit du propriétaire : que le détenteur émette en public, devant d'autres personnes, la prétention d'être propriétaire, ou qu'il agisse en fait comme s'il l'était, par exemple en faisant des démolitions ou des constructions, cela ne change rien à sa situation. Il faut qu'il y ait contradiction *opposée* au propriétaire (art. 2238), c'est-à-dire qu'un *conflit* s'élève directement entre eux sur la question de propriété.

Sous quelle forme ce conflit peut-il se produire? Il peut revêtir la *forme judiciaire* : le propriétaire a peut-être réclamé la restitution de sa chose, que le détenteur lui a refusée en se prétendant propriétaire ; ou bien le paiement des fermages et loyers a été refusé pour la même raison. Mais *il n'est pas nécessaire qu'il y ait litige.* Il se peut que le fermier notifie à son bailleur sa prétention sur la propriété par acte extrajudiciaire (un exploit d'huissier), lui déclarant que désormais il ne paiera plus son fermage ou son loyer. Il se pourrait même qu'il n'y eût aucun acte en forme ; par exemple, si le propriétaire, voulant reprendre possession de son bien, en avait été empêché par la force, pourvu que cette voie de fait eût été accomplie, d'une manière non équivoque, à titre de propriétaire par l'ancien possesseur précaire (Pau, 9 mai 1892, D. 93. 2. 255).

La seconde cause diffère de la première, en ce que le possesseur détient désormais la chose sans avoir obtenu sur elle aucun titre nouveau ; il est désormais *possesseur sans titre.* Quand a cause d'interversion provient d'un tiers, l'ex-détenteur précaire a un titre ; il est échanlgiste, acheteur, donataire, etc.

***2321. Double présomption légale relative à la précarité.** — Il y a grand intérêt à distinguer les détenteurs ou possesseurs précaires des véritables possesseurs, mais la preuve de la vérité peut être difficile. La loi a formulé dans les deux articles 2230 et 2231 deux règles destinées à résoudre les difficultés qui se présentent.

1° « *On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire* » (art. 2230). Ainsi celui qui est en possession de la chose n'a pas à prouver que sa possession est exempte de précarité ; mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire ; le texte est formel : « *s'il n'est prouvé* qu'on a commencé à posséder pour autrui » (même article).

2° « *Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire* » (art. 2231). Cela signifie que le commencement précaire de la possession étant prouvé, l'*interversion de titre ne se présume pas*, et doit être prouvée à son tour. Il n'y a ici aucune dérogation au droit commun des preuves : le possesseur qui allègue un changement dans la situation, d'où il prétend tirer avantage, doit en faire la preuve, par application de la règle : « Onus probandi incumbit ei qui dicit. »

LA PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

§ 1. — *Controverses sur le droit de propriété.*

2322. Résumé de ces controverses. — De tout temps on a beaucoup discuté sur l'origine et la légitimité de la propriété, et les controverses ont été avivées dans les temps modernes par le célèbre pamphlet de J.-J. Rousseau : « *De l'origine de l'inégalité parmi les hommes* », que l'Académie de Dijon refusa de couronner en 1753. Dans l'opinion traditionnelle, qui a été celle de Bossuet (*Politique tirée de l'Écriture*, liv. 1, art. 3, 4e propos). et de Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 26, chap. xv), la propriété est une institution du droit civil. Mirabeau, Tronchet et bien d'autres se sont contentés de cette idée. Mais dans un temps où toutes les lois ont été renouvelées ou sont sur le point de l'être, cette base est devenue singulièrement fragile. Pour donner à la propriété un fondement solide, il a fallu chercher autre chose que la toute-puissance et la bonne volonté du législateur. On a donc essayé de mettre le droit de propriété au-dessus des lois, de façon à ne laisser au législateur que le rôle d'un arbitre, intervenant pour réglementer le droit de propriété, non pour le créer.

Opinions des jurisconsultes. — Les jurisconsultes, habitués à ne rien chercher au delà de la règle juridique qui leur sert de guide, ont une tendance à ériger les préceptes de la loi en principes philosophiques ; ils se sont donc arrêtés à l'idée d'*occupation*. Mais le prétendu droit du premier occupant n'en est pas un. L'occupation, qui n'est qu'un *fait*, ne peut créer qu'un état de fait, la possession ; la propriété n'en peut sortir que sous l'empire d'une législation qui admet déjà la propriété individuelle, qui l'organise et qui classe l'occupation parmi les manières de l'acquérir. L'occupation, *mode d'acquérir*, ne peut donc servir à justifier le *droit* de propriété, car *les modes d'acquérir impliquent la préexistence théorique du droit acquis par leur emploi*. On peut ajouter que les droits des propriétaires actuels ne dérivent presque nulle part des occupations primitives : les guerres et les violences, qui ne cessent d'agiter l'humanité, ont cent fois rompu la chaîne des transmissions régulières. Même dans nos colonies, dans les *pays neufs*, ne voyons-nous pas les races européennes s'établir en refoulant les races inférieures?

Opinions des philosophes et des économistes. — La doctrine la plus générale des philosophes et des économistes contemporains fonde la propriété sur le *travail* conformément à l'opinion de Locke (*Gouvernement civil*, chap. VI. — Comp. Cauwès, *Cours d'économie politique*, t. III, nº 959 ; Beaussire, *Les principes du droit*, p. 261 et suiv.). Telle était l'idée de Portalis, qui disait : « C'est par notre industrie que nous avons conquis le sol que nous occupons. » Cette idée est dangereuse, parce qu'elle contient en germe la négation du droit *actuel* de la propriété : si le travailleur devait devenir propriétaire de son produit, en vertu du droit naturel, le travail, en s'accumulant sur un objet, entraînerait une série de spoliations successives, ou tout au moins une accumulation inextricable de propriétés superposées sur le même objet et indivises. Le *travail* a pour rémunération le *salaire*.

En 1848, à un moment où la propriété privée était attaquée avec plus de violence que de raisons, M. THIERS écrivit un livre pour la justifier (*De la propriété*, 1848). Beaucoup d'autres études ont paru depuis. Citons, outre les ouvrages qui ont été déjà indiqués, ceux de MM. JULES SIMON, LUCIEN BRUN, COURCELLE-SENEUIL, TARBOURIECH.

2323. Justification pratique de la propriété individuelle. — Il ne s'agit pas de savoir si la propriété a été *juste dans son principe*; il s'agit uniquement de savoir si cette institution mérite *actuellement* d'être *conservée*.

Remarquons d'abord que la propriété individuelle est un *fait historique* extrêmement ancien, bien antérieur aux lois qui la régissent à présent; que son organisation actuelle est le résultat d'une *lente évolution*; qu'elle est certainement, à l'égal de la famille et du mariage, une *force sociale* qui s'est développée et a grandi au milieu de bien des vicissitudes. Pour toutes ces raisons on doit se garder d'y toucher à la légère, car l'expérience de notre propre histoire prouve qu'un peuple ne rompt pas à volonté avec ses traditions et ses origines. Or la propriété individuelle justifie amplement son existence par les services qu'elle rend à l'humanité. La preuve de ces services se tire d'une comparaison entre les peuples qui pratiquent et ceux qui ne pratiquent pas la propriété individuelle. Ainsi, dans les pays habités par des populations nomades, il faut une lieue carrée de terrain par tête pour procurer à l'homme de chétifs moyens d'existence. Même dans les régions à population sédentaire, où le sol est cultivé, l'absence de propriété individuelle est encore une cause de pauvreté; on le constate dans les communautés agraires de la Russie, où règne la routine. Au contraire, dans toute l'Europe occidentale, on peut, selon l'expression de M. Cauwès, « admirer les prodiges accomplis par la propriété privée ». Sous ce régime, une lieue carrée de terrain suffit à faire vivre 2 000 personnes dans l'abondance (1). On peut en conclure que la propriété individuelle et libre est pour les sociétés civilisées, à populations compactes, une *nécessité économique* (CAUWÈS, t. I, p. 281-284).

En somme, la propriété individuelle est un fait qui s'impose au législateur. On peut s'efforcer d'en retrouver l'histoire; c'est une étude utile, mais on perd son temps à disserter sur la légitimité d'une chose qu'il ne dépend pas de nous de modifier, pas plus que la configuration des continents ou la diversité des races humaines.

2324. La question économique de la répartition. — Ce point acquis, il n'y a plus à résoudre qu'une autre question, mais qui n'est plus de droit civil : celle que les économistes appellent la *répartition des richesses*. Ce qui est discuté aujourd'hui est moins l'institution de la propriété privée en elle-même que sa conservation par ses détenteurs actuels. Le spectacle de la richesse, et souvent d'une richesse surabondante et mal acquise, en contact direct avec la misère de tous les « meurt-de-faim » et les « sans-travail » de nos grandes villes industrielles et de nos régions minières, a semé la haine et la colère dans les cœurs. Ces sentiments d'envie sont excusables; mais si la société a le devoir de faire tous ses efforts pour amoindrir la misère, elle irait contre son but en détruisant la richesse acquise (2). Ce n'est pas la privation accidentelle d'un bien qui doit conduire à sa négation. Le problème pris ainsi du côté économique, dépasse de beaucoup le droit de propriété et s'attaque à la richesse sous toutes ses formes. Ceci prouve combien Proudhon avait rétréci la question quand il s'en prenait uniquement au droit de propriété, dans sa célèbre formule : « La propriété, c'est le vol (3). »

(1) Sur les évaluations qui ont été tentées de la richesse totale de la France, voyez t. III, n° 1704 *bis*.

(2) L'exagération croissante et systématique des droits de succession tend à la spoliation périodique des classes aisées : un homme n'aura plus le droit d'être riche; on lui prendra son revenu pendant sa vie et son capital à sa mort.

(3) Proudhon, d'ailleurs, n'est qu'un copiste. Vers 1778, Brissot écrivait : « La mesure de nos besoins doit être celle de notre fortune. Si 40 écus sont suffisants pour conserver notre existence, posséder 200 000 écus est un *vol* évident, une injustice. La propriété exclusive est un véritable délit dans la nature » (*Recherches philosophiques sur la propriété et le vol*, d'après PAUL JANET, *Histoire de la science politique*, 3e édit., t. II, p. 663).

§ 2. — *Évolution historique de la propriété.*

2325. Propriété collective et propriété individuelle. — Beaucoup d'écrivains pensent que la propriété a subi une série de transformations régulières, que son évolution a été en quelque sorte *rectiligne* : la propriété aurait commencé par être *collective*, et tendrait à se constituer de plus en plus sous la forme *individuelle*. L'étude des faits prouve que l'histoire de la propriété est beaucoup moins simple. Il est peu probable qu'à aucune époque la propriété collective ait existé seule ; les peuples les plus pauvres ont au moins connu la propriété individuelle des meubles, des armes, des vêtements, des chevaux de guerre, etc. Il est tout aussi peu probable que la propriété individuelle soit destinée à tout envahir. On constate même de nos jours un *recul sensible* ; les capitaux collectifs réunis par l'*association* deviennent de plus en plus nombreux, les richesses collectives augmenteront sans doute encore rapidement sous l'impulsion socialiste qui entraîne presque tous les États modernes.

2326. Variations dans l'organisation de la propriété individuelle. — Si l'on considère seulement *les formes de la propriété foncière dans l'Europe latine*, on constate qu'à deux reprises le droit de propriété s'est présenté sous des formes complexes, après avoir existé sous une forme simple à laquelle il est revenu plus tard. Le premier de ces phénomènes s'est produit *dans l'Empire romain* par l'effet de la conquête : à côté du *dominium ex jure Quiritium*, qui représentait la propriété véritable et n'existait en principe qu'en Italie, les Romains ont connu et pratiqué pour les *fonds provinciaux* un genre spécial de propriété (1), et la différence entre les deux espèces de domaines dura jusqu'à Justinien, au moins dans les mots. A peine l'unité s'était-elle faite entre les fonds italiques et les fonds provinciaux qu'une nouvelle distinction, qui a duré jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, commença à se former par l'effet des *tenures* et des *locations perpétuelles*, de telle sorte que la propriété simple et franche, à la fois pleine et unique, n'a existé d'une manière générale qu'à trois époques : au début de l'histoire romaine, à la fin de l'Empire romain et depuis la Révolution de 1789.

Origines féodales de la décomposition du domaine. — Dès les temps barbares (VIe-IXe siècles), la terre commença à se soumettre à un régime nouveau. Une foule de contrats transféraient au preneur de la chose d'autrui un *droit illimité dans sa durée*, de sorte que la plupart des biens-fonds n'étaient pas *possédés par leurs propriétaires* ; ils étaient *tenus* par d'autres personnes, qui en avaient reçu la concession à des titres divers. Dans la suite, les deux principaux genres de ces tenures furent le *fief* et la *censive*. En vertu de ces concessions, le propriétaire ou concédant, appelé « seigneur », conservait sa propriété, mais il ne « tenait » pas sa terre ; l'autre, le « vassal » ou « tenancier », la tenait sans en avoir la propriété. Il résultait de là que deux personnes, le seigneur et son vassal, avaient en même temps et sur la même terre des droits perpétuels de nature différente.

Comment le vassal est devenu propriétaire. — Primitivement, le tenancier n'était pas propriétaire ; la propriété restait aux mains du concédant, qui était le véritable maître de la terre ; le tenancier n'avait qu'*un droit de jouissance sur la chose d'autrui*. Mais peu à peu, à cause de l'étendue et de la perpétuité de son droit, on s'habitua à considérer le tenancier comme étant, lui aussi, propriétaire à sa manière, et on donna à sa *tenue* le nom de *propriété* (*dominium*). Cela faisait deux propriétaires pour une même chose, sans indivision entre eux, leurs deux droits n'étant pas de même nature. Pour les distinguer, on appelait la propriété du seigneur *dominium directum* et celle du vassal *dominium utile* (2).

(1) Dans la théorie romaine, l'État était considéré comme propriétaire des fonds provinciaux, qui représentaient les territoires conquis, et les particuliers en avaient seulement la jouissance, *possessionem et usumfructum*, disait Gaius ; mais cette jouissance était protégée à tel point qu'elle constituait une véritable propriété. — Sur l'évolution de l'idée de propriété chez les Romains, voyez Cuq, *Institutions juridiques*, t. I, p. 74 et suiv., et p. 244 et suiv.

(2) Ces expressions sont empruntées au langage des Romains qui opposaient souvent l'*actio utilis* à l'*actio directa*, mais elles sont ici détournées de leur sens ancien. Pour les

Comment le seigneur a cessé d'être propriétaire. — Plus tard, quand le droit du vassal se fut ainsi transformé en propriété, celui du seigneur subit une *transformation inverse*. Le seigneur fut victime d'une sorte d'*expropriation* : on en vint à considérer le tenancier (vassal ou censitaire) comme le seul vrai propriétaire, parce qu'il avait tous les avantages réels de la propriété. Et la *directe seigneuriale* n'apparut plus que comme une simple servitude, une charge sur la propriété d'autrui, dont il serait bon de débarrasser la terre (1). Ainsi les concessions féodales, qui au début laissaient la propriété au concédant, amenèrent plus tard la *décomposition de la propriété* en domaine direct et domaine utile, et finalement le *déplacement de la propriété*, qui passa du concédant au tenancier. Cette évolution s'est faite sans secousses, « avec la puissante lenteur des phénomènes historiques » (P. Viollet), mais elle était déjà accomplie avant la Révolution.

2327. Affranchissement de la propriété foncière par la suppression de la directe seigneuriale. — L'affranchissement de la propriété foncière par la suppression des tenures perpétuelles et des redevances de toute nature qui grevaient la terre était réclamé bien avant la Révolution. En 1776, parut un petit ouvrage anonyme « *Sur les inconvénients des droits féodaux* », qui eut trente éditions. On sut plus tard qu'il avait été rédigé par Boncerf, premier commis de Turgot, et inspiré par le ministre lui-même, qui le présentait au public moins comme un livre de polémique que comme un avant-projet de réforme. Le Parlement de Paris vit dans ce livre un attentat aux lois et coutumes de la France, aux droits sacrés et inaliénables de la couronne et au droit de propriété des particuliers, et ordonna que la brochure serait lacérée et brûlée au pied du grand escalier du Palais. L'ouvrage était cependant aussi modéré au fond que dans la forme : il se bornait à demander l'affranchissement de la terre par le *rachat* des droits féodaux, et à montrer que l'opération était possible et qu'elle serait avantageuse pour tous.

En 1789, les cahiers des paroisses, rédigés par les curés, furent une révélation. Les paysans

Romains, l'action directe était celle qui était donnée par le droit normal et qui recevait son application régulière ; l'action utile était donnée « utilitatis causa », pour des cas non prévus primitivement et par analogie avec une action préexistante, qui était l'action directe. En droit féodal, le « dominium utile » est ainsi appelé parce qu'il confère tous les avantages réels de la propriété.

(1) Voici quelques citations, de dates différentes, qui mettront en lumière ce changement :

A. — Denis Dupont (Pontanus), qui vivait au xvie siècle, disait : « Dominium duplex est, directum et utile. Directum id est quod verum, proprium ac principale dominium est... cui etiam directo dominio *proprietatis* tantum appellatio convenit, nunquam utili » (*Commentarii in Consuet. Blesenses*, art. XXXIII). Dumoulin disait de même, en définissant le contrat de fief : « Translatio utilis dominii, *proprietate* retenta... » (*De Feudis*, n° 114). Et Cujas : « Feudum est jus *fundo alieno* utendi fruendi » (*De Feudis*, lib. I, proœmium). On se souvenait donc encore, au xvie siècle, que le vassal ou tenancier possédait la *chose d'autrui* et n'était pas un propriétaire.

B. — Sous Louis XIV, Hévin, feudiste breton, écrivait : « Soit du côté du seigneur, soit du côté du vassal, il n'y a point de servitude, et l'un ne jouit point de ce qui est à l'autre à titre de servitude. Le seigneur retient la seigneurie directe, à cause de laquelle il a la foi, l'hommage, le rachat, les rentes et devoirs, non jure servitutis, sed jure primævo retento, seu jure dominii directi ; et le vassal a la seigneurie utile et la *propriété* avec les avantages qu'elle contient et n'en perçoit point les fruits par droit de servitude imposée sur les biens de son seigneur ; il en jouit jure suo, jure *proprietatis* et perpetuo » (*Questions féodales*, IV, 18). Au xviie siècle, on considérait donc les deux parties comme étant également propriétaires.

C. — Enfin, au xviiie siècle, Pothier n'hésite plus à dire : « Le domaine direct... n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est plus que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs d'héritages tenus d'eux, et d'exiger certains devoirs et redevances récognitifs de leur seigneurie. Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent traité... C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle le domaine de propriété. Celui qui a ce domaine se nomme propriétaire... Celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur... Ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement propriétaire de l'héritage » (*Traité du droit de domaine de propriété*, n° 3. — Pour plus de détails, voir Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, Paris, 1881 ; Rob. Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, Paris, 1889).

ne s'inquiétaient guère des libertés publiques ; mais le régime féodal, les droits qu'il prélevait, les services qu'il exigeait, les gênes et les abus qu'il engendrait, faisaient l'objet de leurs doléances. Qu'importaient aux campagnards les théories politiques? Ils demandaient la fin des maux dont ils souffraient. Les cahiers des bailliages, rédigés par la bourgeoisie, parlaient d'un autre ton. Si l'aversion du régime s'y fait encore sentir, on y parle beaucoup plus de réformes constitutionnelles que de l'abolition des charges féodales. Beaucoup de riches bourgeois possédaient des fiefs, et, au-dessous d'eux, que de greffiers, de procureurs, de percepteurs, de dresseurs de terriers, de notaires et d'officiers de tous titres, qui ne vivaient que des justices seigneuriales et des contestations sans nombre que provoquait la féodalité ! L'Assemblée constituante ne se serait probablement pas pressée d'aborder ce redoutable problème, si les événements ne l'y avaient contrainte. La prise de la Bastille eut dans les campagnes un immense retentissement ; une véritable Jacquerie éclata, les paysans coururent aux châteaux, en détruisirent les archives, les *chartriers*, non sans brûler parfois le château lui-même et assassiner ses maîtres. L'assemblée fut terrifiée, car elle sentait que la force publique serait impuissante à réprimer les désordres. Dans la séance du 4 août, le vicomte de Noailles avait proposé d'appliquer un remède au mal en décrétant que tous les droits féodaux seraient rachetables, et que les plus odieux, tels que les corvées et les mainmortes, seraient abolis sans indemnité. Dupont de Nemours essaya vainement d'empêcher le vote de ces propositions irréfléchies. Un député breton, Le Guen de Kérengal, qui n'a fait que cette seule apparition à la tribune, vint y tracer un sombre tableau du régime féodal. Par son style emphatique, il provoqua l'enthousiasme de l'Assemblée : « Un cri général se fait entendre. Vous n'avez pas un intant à perdre, chaque jour de délai occasionne de nombreux embrasements. La chute des empires est annoncée avec moins de fracas. Ne voulez-vous donner des lois qu'à la France dévastée? » Alors ce fut à la tribune un interminable défilé de nobles, d'évêques, de représentants de corporations ou de villes privilégiées venant apporter la renonciation à leurs privilèges ou à ceux de leurs commettants. La nuit étant déjà très avancée, on se contenta de donner une sanction à ces déclarations patriotiques et de voter quelques articles provisoires en attendant la rédaction des décrets définitifs sur l'abolition et le rachat des droits féodaux. Dès le lendemain, quand l'ivresse eut fait place au calme, on sentit naître les difficultés d'exécution ; l'inquiétude chez tous, le regret chez les privilégiés de la veille, se firent jour, mais la décision prise était trop solennelle pour qu'il fût permis de reculer. De nombreux décrets furent rendus en exécution de la résolution votée dans la nuit du 4 août, et la distinction à faire entre les droits abolis sans indemnité et les droits rachetables donna lieu à de nombreuses incertitudes qu'il fallut trancher.

Ainsi disparut en quelques heures un régime foncier qui avait mis tant de siècles à se construire. Depuis 1789, la propriété pleine, analogue à l'ancien *dominium* romain, est la seule qui existe en France, et la loi ne connaît plus, comme procédés d'*amodiation*, que les deux formes du bail : le *louage à ferme* et le *métayage*. Cependant, comme l'histoire est un perpétuel recommencement, nous assistons de nos jours à un retour offensif des longues tenures. Voyez ce qui est dit de l'*emphythéose* aux nos 2990 et suiv. Voyez aussi PLANIOL, Note au *Dalloz*, 1907. 1. 249 (1).

2328. Erreur des historiens modernes sur l'œuvre de la Révolution. — Rien n'est

(1) NOUVELLES TENURES PERPÉTUELLES EN DROIT MODERNE. — Une affaire importante, relative à un immeuble considérable, situé rue Oudinot, et concédé aux Frères de la doctrine chrétienne, a donné à la jurisprudence l'occasion d'admettre que les villes pourraient se lier à perpétuité, en concédant leurs immeubles par des contrats à durée indéfinie, n'ayant pas le caractère révocable des *affectations* administratives. Cette difficulté sera étudiée dans le tome II, à propos des contrats (no 2327, note), mais elle intéresse également le régime de la propriété foncière. Il en résulte que si le droit civil n'admet pas de consessions perpétuelles entre particuliers, il peut en être autrement entre personnes morales. Une ville peut avoir des immeubles grevés de charges perpétuelles à titre de *fondations*. D'un autre côté, l'art. 537 suppose qu'il y a deux régimes de la propriété, l'un pour les particuliers, l'autre pour les personnes morales. Or la prohibition des tenures perpétuelles fait partie du régime de la propriété bien plus que de la matière des contrats ; c'est la liberté individuelle qu'on a voulu protéger ; c'est donc une chose inutile pour les communes. Voyez ma note au *Dalloz*, sous Cass., 5 déc. 1906 et les renvois de jurisprudence, D. 1907. 1. 249.

plus faux que les idées qui ont cours en France sur l'œuvre de l'Assemblée constituante à cet égard et sur l'état des terres avant la Révolution. Taine a écrit : « La Révolution... est par essence une TRANSLATION DE PROPRIÉTÉ ; en cela consistent son support intime, sa forme permanente, son moteur premier et son sens historique » (*La Révolution*, t. 1, p. 386). Sous la plume d'un tel écrivain, cette phrase ne pouvait manquer de devenir un axiome ; elle domine aujourd'hui l'opinion publique française, et on la répète, tous les jours, sous des formes variées, d'un bout à l'autre du monde politique. Cela ne l'empêche pas d'être une erreur ; ceux qui la tiennent pour vraie ne peuvent rien comprendre à l'œuvre juridique de la Révolution. La grande évolution historique, qui a lentement exproprié le seigneur au profit du vassal ou tenancier, était déjà achevée avant 1789. La Révolution a affranchi la terre des redevances qui la grevaient ; elle n'a pas eu à opérer un déplacement de propriété, qui était chose faite.

CHAPITRE II

ANALYSE DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE

****2329. Définition.** — D'après l'art. 544 C. civ., la propriété est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Cette définition a le tort de ne signaler qu'un seul caractère de la propriété, et dont l'exactitude même peut être contestée, car on verra que ni le droit de jouissance ni le droit de disposition des propriétaires ne sont réellement *absolus* ; ils comportent au contraire de nombreuses restrictions. Mais la propriété possède un autre caractère, qui est de son essence : elle est *exclusive*, c'est à-dire qu'elle consiste dans l'attribution de la jouissance d'une chose à une personne déterminée, à l'exclusion de toutes les autres. Il faut donc préférer la définition suivante : « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une façon absolue et exclusive, à l'action et à la volonté d'une personne » (AUBRY et RAU, § 190). Comp. BOISTEL, *Philosophie du droit*, nos 205 et suiv. — Au contraire du nôtre, le Code civil allemand s'est attaché à faire ressortir le caractère exclusif de la propriété.

La nature exclusive de la propriété reçoit quelques applications intéressantes pour la propriété foncière, pour laquelle on cherche à assurer au propriétaire la libre jouissance de l'*espace aérien* qui recouvre sa propriété. Ainsi une compagnie d'électricité a été condamnée à enlever des fils qu'elle avait fait passer au-dessus d'une propriété privée (Trib. de paix de Lille, 15 nov. 1899, D. 1900. 2. 361). Mais voyez la loi du 15 juin 1906, ci-dessous, 2907-7o. Ainsi encore on a ordonné la démolition d'un mur en surplomb sur le terrain voisin (Cass., 15 juill. 1901, S. 1902. 1. 217, note de M. Naquet). Pour les branches ou racines d'arbres empiétant sur le terrain voisin, voyez ci-dessous, no 2914. Pour l'affichage, voyez P. et S. 1910. 1. 497. Pour le vol des aéroplanes, Trib. Seine, 6 juill. 1912, D. 1913. 2. 117 ; Trib. Seine, 10 juin 1914, **D. 1914.** 1. 193.

2330. Durée de la propriété. — De sa nature, *le droit de propriété est perpétuel* ; c'est sous cette forme qu'on le rencontre dans l'immense majorité des cas. Cependant on peut concevoir une *propriété temporaire*. La Cour de cassation en a admis le possibilité pour des *canaux d'irrigation* concédés à des particuliers ou à des Compagnies (1er avril 1884, D. 84. 1. 345, S. 85. 1. 85). Le droit de *superficie* accordé au preneur à bail d'un terrain,

qui y élève des constructions, est nécessairement temporaire, notre loi n'admettant plus les locations perpétuelles. Enfin le *droit des auteurs* sur leurs œuvres, qui a été organisé à l'imitation de la propriété, est toujours temporaire.

En outre, la propriété peut être affectée d'une *condition résolutoire*, qui la rend fragile et temporaire d'une autre manière.

§ 1. — *Actes matériels de jouissance ou de consommation.*

****2331. Principe de liberté.** — Le droit de propriété confère en principe au propriétaire le droit d'user et d'abuser de la chose. Non seulement il peut accomplir tous les actes d'usage et de jouissance, tels que la perception des fruits et récoltes, mais il peut aussi faire exécuter tous les travaux qui lui plaisent, même nuisibles pour lui ; il peut abattre les arbres, raser les constructions qui existent, creuser des excavations, épuiser une carrière, détruire les objets qui lui appartiennent. Voyez les art. 544 et 552, al. 2 et 3. Toutefois ces destructions inutiles semblent contraires au rôle social de la propriété individuelle dont le but est de donner satisfaction aux besoins des particuliers. Comp. Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, nº 208. *Contrà*, P. Leroy-Beaulieu, *Traité d'économie politique*, 3e édit., t. I, p. 535-536. M. Saleilles signale la législation protectrice des œuvres d'art, comme l'indice d'une évolution de l'idée de propriété qui, à la conception individualiste de l'antiquité romaine (*plena in re potestas*), substitue un système dans lequel le droit de propriété est dominé par les nécessités sociales et l'intérêt général (ouvrage précité, p. 5).

****2332. Attribut essentiel de la propriété.** — Ce qui caractérise le droit de propriété, ce qui le distingue de tous les autres droits réels, c'est la faculté de disposer de la chose, en la consommant, *en la détruisant matériellement* ou *en transformant sa substance.* C'est là ce que les anciens appelaient l'*abusus* (1), mot qui désignait la *consommation* de la chose, et non l'*abus* au sens moderne du mot qui désigne l'acte contraire au droit (Maynz, § 94, note 2, § 128 ; Accarias, nº 200). Tous les autres droits réels autorisent leurs titulaires à jouir de la chose d'autrui d'une manière plus ou moins complète, mais toujours « à la charge d'en conserver la substance », comme le dit l'art. 578 pour l'usufruit ; c'est-à-dire que ces différents droits ne comportent jamais l' « abusus », qui reste ainsi l'attribut caractéristique de la propriété.

2333. Existence de restrictions nombreuses. — Malgré tout ce qui vient d'être dit, l'exercice matériel du droit de propriété n'est cependant pas absolument libre. On peut même remarquer à ce sujet que l'art. 544 con-

(1) Notons en passant que les expressions *jus utendi, fruendi, abutendi* ne sont pas romaines, ce sont les commentateurs qui les ont inventées. Les anciens employaient simplement les substantifs *usus, fructus, abusus*, ou les verbes *uti, frui, abuti.*

tient *deux propositions contradictoires*. Après avoir dit que le propriétaire est libre d'user de sa chose « de la manière *la plus absolue* », le texte ajoute : « pourvu qu'il n'en fasse pas un usage *prohibé par les lois ou les règlements*. » C'est ouvrir la porte à toutes les restrictions possibles, et de fait le législateur ne s'est pas fait faute d'entourer la propriété, surtout la propriété foncière, d'un réseau de formalités administratives et de gênes de toutes sortes. Les lois qui les établissent s'inspirent tantôt de l'utilité générale (considérations d'hygiène, de défense militaire, etc.), tantôt d'un simple intérêt fiscal. Parmi ces règles, les unes concernent la propriété bâtie, les autres l'exploitation agricole.

Ainsi, si l'on peut dire que la propriété est le *plus large* et le *plus complet* de tous les droits réels, il est faux de dire, comme le fait l'art. 544, que ce droit est *absolu*. Le Code civil abandonne même sans réserve à l'administration le droit de réglementer l'usage que les particuliers font de leurs propriétés. L'arbitraire est complet. Dans la pratique, les mœurs modernes et les traditions politiques protègent seules la propriété contre les entreprises et les témérités du pouvoir ; de limite légale, il n'y en a point (1).

2334. Restrictions concernant la propriété bâtie. — Un propriétaire veut-il *construire* sur son terrain? Si ce terrain est situé dans une ville, il lui faudra se conformer à des *règlements* fixant la hauteur maxima de la construction (2), le nombre des étages, leurs limites de hauteur intérieure, l'établissement des conduites de gaz et d'eau, les fosses d'aisances, etc. Voyez spécialement pour Paris le décret des 13-22 août 1902. Voyez aussi Boivin-Champeaux, thèse, Paris, 1913, sur les *Restrictions apportées à la propriété dans un intérêt esthétique*.

Est-il riverain d'une voie publique? Il subira peut-être, par l'effet d'un *plan général d'alignement*, un *reculement* qui lui fera perdre, sans expropriation régulière, une partie de son terrain au profit de la route ou de la rue à rectifier ou à élargir ; cette portion de terrain se trouve frappée d'une sorte de servitude au profit de la voie publique : il ne peut ni y élever de constructions nouvelles, ni même entretenir celles qui s'y trouvent, afin que l'administration n'ait à lui payer que le prix du terrain nu. Sur les dangers du plan d'alignement, voyez Hauriou, note dans *Sirey*, 1903. 3. 97.

S'il se trouve dans le *voisinage d'un cimetière*, il ne pourra ni construire, ni creuser un puit, à une distance de moins de cent mètres (Décr. 7 mars 1808).

Veut-il fonder un *établissement industriel*? Il devra se soumettre à une enquête et à l'autorisation administrative, si son établissement est classé parmi les ateliers dangereux, insalubres ou incommodes (3). S'il possède une *maison*, il pourra se voir contraint d'y exécuter des *travaux d'assainissement*, ou même privé de la faculté de la louer pour être habitée (L. 13 avril 1850, sur les logements insalubres ; L. 15 février 1902, art. 11 et suiv.).

(1) Nos mœurs politiques sont en train de changer à cet égard. A l'époque actuelle des charges excessives sont systématiquement imposées à la propriété foncière, particulièrement à Paris, par voie d'arrêtés préfectoraux. Sur cette tendance, voir les critiques aussi justes que vives formulées par M. Berthélemy, *La question des octrois*, dans la *Revue de Paris* du 14 février 1899.

(2) En cas d'infraction y a-t-il obligation de démolir? Voyez Cass. crim., 7 avril 1911, P. et S. 1912. 1. 179.

(3) Malgré l'autorisation administrative, le propriétaire qui établit chez lui une industrie de ce genre, s'expose à une demande d'indemnité de la part des voisins. Voyez ce qui est dit sur ce point dans le t. II, nº 872-4º.

2335. Émancipation de la propriété rurale par la Révolution. — En principe, le propriétaire rural est libre dans l'exercice de son droit de jouissance ; il peut tirer de sa chose toute l'utilité possible, et de la manière qui lui convient. Cette liberté précieuse, qui appartient au propriétaire du sol, nous paraît aujourd'hui toute naturelle ; elle n'a cependant pas toujours existé : elle n'a été concédée aux particuliers que par l'Assemblée constituante dans la loi des 28 sept.-6 oct. 1791, concernant les biens et les usages ruraux : « Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes et de disposer de toutes les productions de leurs propriétés dans l'intérieur du royaume et au dehors. » — « Chaque propriétaire est libre de faire sa récolte, de quelque nature qu'elle soit, avec tout instrument et au moment qui lui conviendra » (*Code rural*, tit. I, sect. 1, art. 2 ; sect. 5, art. 1). Ces lois émancipatrices parlent un langage qui nous étonne ; mais il y avait alors pour la propriété rurale une foule d'entraves, dont il fallait la débarrasser. Le langage de la loi s'est bien atténué en passant dans le Code ; voyez l'art. 544 ; on n'y sent plus cet accent de triomphe qui annonçait à la France sa liberté (1), mais les principes libéraux sont restés.

2336. Restrictions modernes de l'exploitation agricole. — La propriété rurale est cependant soumise à certaines restrictions dont voici les principales :

1° Le *défrichement des bois et forêts*, qui appartiennent à des particuliers, ne peut être fait sans autorisation (Code forestier, art. 219, modifié par la loi du 18 juin 1859). Des règles spéciales existent, dans la zone frontière, pour les bois reconnus utiles à la défense militaire (Décr. 31 juillet 1861).

2° Des travaux de *reboisement* ou de *gazonnement* peuvent être ordonnés sur les montagnes ; le *pacage* peut être interdit par décret, pendant 10 ans au plus, sur les endroits menacés (L. 28 juillet 1860, sur le reboisement des montagnes ; L. 4 avril 1882, sur la restauration et la conservation des terrains en montagne).

3° Le *desséchement des marais* peut être ordonné, soit pour augmenter le sol cultivable, soit pour assurer la salubrité d'une région (L. 11 septembre 1792, sur les étangs nuisibles ; L. 16 septembre 1807 sur le desséchement des marais ; pour les étangs des Dombes, L. 21 juillet 1856). L'atteinte aux droits du propriétaire est ici aggravée par ce fait que l'État peut concéder le desséchement à un tiers ou l'opérer lui-même.

4° La *culture du tabac* n'est pas libre (Loi de finances du 28 avril 1816, art. 180). Il y a, depuis 1816, toute une législation sur cette matière.

5° Le droit de faire la récolte au moment qu'il leur plaît de choisir, promis aux propriétaires par le Code rural de 1791, n'est pas absolu. Des *bans de vendange*, *de fauchaison* ou *de moisson* peuvent être publiés qui en fixeront l'heure, et la violation de ces différents bans est punie d'une amende de 6 à 10 francs (art. 575 C. pén.) (2).

6° La *culture de la vigne* a subi, elle aussi, diverses entraves, justifiées par la nécessité de protéger nos vignobles contre l'invasion du phylloxera. Voyez les tables de DALLOZ et de SIREY au mot « Phylloxera ».

(1) Le Code rural de 1791 débutait ainsi : « Le territoire de la France est libre dans toute son étendue, comme les personnes qui l'habitent » (Tit. I, sect. 1, art. 1).

(2) Les bans par lesquels le seigneur fixait autrefois l'époque de la fauchaison, de la moisson et de la vendange, paraissent avoir eu originairement pour but d'assurer la perception de la dîme et du champart ou autres droits seigneuriaux. Ils étaient devenus une source d'abus. Par exemple le seigneur retardait l'époque de la récolte pour tout un canton afin de récolter lui-même le premier et de vendre plus avantageusement ses denrées. L'abolition des bans fut une des réclamations les plus générales des cahiers des paroisses en 1789. Le Code rural de 1791 les supprima par la disposition rapportée ci-dessus. Il laissa toutefois subsister les bans de vendanges, dans les pays où ils étaient usités, mais le droit de les régler passa aux municipalités. Il paraît même que dans certains endroits les maires ont continué à publier des bans de fauchaison et de moisson. Tout en reconnaissant que le ban des vendanges gêne les vignerons et ne compense par aucun avantage sérieux les embarras qu'il apporte, le législateur de 1889 a refusé de l'abolir d'une façon absolue. Il a laissé aux conseils municipaux le droit de le maintenir, ou même de l'établir là où il n'existe pas encore, par une délibération soumise au Conseil général et approuvée par lui (L. 9 juillet 1889, art. 13). Quant aux bans de fauchaison et de moisson, il ne s'en est pas occupé, mais les commissions parlementaires ont fait déclarer par leurs rapporteurs qu'elles n'avaient pas entendu les prohiber.

7° La *fabrication de l'alcool* a été réglementée pour les *bouilleurs de cru* par la loi de finances de 1903.

§ 2. — *Actes juridiques.*

***2337. Objet de ces actes.** — En vertu de son droit de propriété, le propriétaire peut faire un certain nombre d'actes juridiques relatifs à sa chose ; mais quand on les étudie, en cherchant à préciser quels sont ces actes, on s'aperçoit qu'ils consistent tous à *transférer à autrui*, en totalité ou en partie, le droit de jouissance et de consommation qui appartient au propriétaire sur sa chose. S'il transmet la totalité de son droit, on dit qu'il *aliène la chose* ; il fait un acte *translatif de propriété*. S'il concède seulement un droit de jouissance partielle sur sa chose, on dit qu'il *démembre sa propriété* ; il crée sur la chose un droit réel d'*usufruit*, d'*emphytéose* ou de *servitude*. Il est encore propriétaire, mais sa propriété est démembrée ; un autre que lui a désormais une partie plus ou moins forte de ses droits sur la chose.

Il faut bien se pénétrer de l'idée que ces différents actes juridiques sont accomplis, *non sur la chose*, *mais sur le droit du propriétaire*. En lui-même, le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation décrits dans le paragraphe précédent : ceux-là seulement forment l'*objet* du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le *déplacement* total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, *la faculté de céder son droit* (1).

A. — Cas où la propriété est inaliénable.

****2338. Distinction des actes d'administration et des actes de disposition.** — On rencontre fréquemment, soit dans les textes de la loi, soit dans les discussions juridiques, une opposition faite entre les *actes de disposition* (2) et les *actes d'administration*. Cette formule semble, à première vue, répartir en deux catégories très nettes les actes juridiques qu'un propriétaire peut faire. Néanmoins, et quoiqu'elle soit bien réellement fondée sur la nature des choses, elle est très loin d'avoir la précision et la fixité qu'annonce la netteté des mots qui servent à l'exprimer (3).

(1) La possibilité de disposer *juridiquement* de son droit en l'*aliénant* n'est nullement caractéristique de la propriété. Ce caractère de *cessibilité* est commun en principe à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exceptions. Ce qui fait que la cession faite par le propriétaire paraît être l'aliénation de la chose même et par suite un attribut de la propriété, c'est que le droit qu'il cède consiste dans la jouissance complète de la chose. Il est seul à avoir un droit tout à la fois *total* et *perpétuel* ; tous les autres titulaires de droits réels n'ont qu'une jouissance *temporaire* quand elle est totale (l'usufruit), ou *partielle* quand elle est perpétuelle (les servitudes prédiales). C'est pour cela que, quand il cède son droit, il paraît céder la chose elle-même.

(2) L'art. 1988 dit *acte de propriété*, ce qui est une locution vicieuse.

(3) On fera attention que, dans toute cette discussion, il faut donner au mot « administration » un sens étroit et limitatif laissant en dehors de sa portée les actes dits « de dis-

D'une façon générale, on peut dire que les actes de disposition comprennent, outre les *aliénations* proprement dites (ventes, échanges, donations, apports en société, etc.), un certain nombre d'actes qui engagent définitivement l'avenir, et dont les principaux sont la *constitution d'une hypothèque* et celle d'une *servitude*.

Les actes d'administration ont pour caractère propre de n'engager l'avenir que pour un temps court et d'être par suite fréquemment renouvelables. Ils comprennent les différentes variétés du *louage* ou *bail*, avec les conventions accessoires qui s'y rattachent. Ils ont moins pour but de transférer à autrui la jouissance de la chose, que de permettre au propriétaire d'en retirer lui-même le profit sous la forme d'un *revenu en argent*. Pour un propriétaire, c'est une manière d'avoir la jouissance de sa maison ou de sa terre que d'en toucher le loyer ou les fermages. Mais de nombreuses questions de détail s'élèveraient pour une foule d'actes dont la nature n'est pas bien déterminée. Voyez ce qui est dit à la fin du n° 2339.

L'acte d'administration ne doit pas engager l'avenir pour une durée trop longue. Il en résulte que le bail, qui est un acte d'administration en principe, est traité comme un acte de disposition quand il dépasse une certaine durée, 9 ou 18 ans, selon les cas (art. 595, 1429, 1430 et 1718 ; L. 23 mars 1855, art. 2-4°).

***2339. Inutilité de cette distinction pour l'étude de la propriété.** — La distinction des actes d'administration et des actes de disposition est très importante en droit ; mais elle concerne la *théorie des personnes* ou celle des *contrats*, et non la *théorie de la propriété*. La distinction en question sert seulement à déterminer les actes que peuvent faire : 1° ceux qui n'ont sur leurs propres biens qu'une *capacité limitée*, comme le mineur émancipé (art. 484) ; 2° ceux qui n'ont sur les biens d'autrui dont ils sont *administrateurs* comme maris ou tuteurs, que des *pouvoirs limités*. Elle ne sert à rien pour déterminer les actes qu'un propriétaire, *supposé capable*, peut faire *sur ses propres biens*. C'est cependant dans cette dernière situation qu'il faut se placer pour déterminer les actes juridiques permis à un propriétaire : tous consistent dans la transmission du droit à autrui ; tous sont également autorisés par la qualité de propriétaire ; la distinction de ce qui est disposition ou simple administration ne concerne que les questions de capacité personnelle ou de pouvoir sur les biens d'autrui.

Voici une observation qui corrobore ce qui vient d'être dit. Les *marchés de travaux* passés pour l'entretien ou la réparation d'un immeuble, ainsi que les *conventions d'assurances*, rentrent assurément dans les *actes d'administration*, et cependant ils ne sont à aucun degré

position », car il y a des cas où le mot « administrer » prend un sens vague embrassant tous les actes de la vie juridique, même les plus graves. Voyez, par exemple, l'art. 1421 qui dit que le mari « administre » seul les biens de la communauté : cela veut dire qu'il a seul le droit d'agir, mais son « administration » comporte même les actes d'aliénation. Ce n'est pas dans ce sens large que nous prendrons ici ce mot.

l'exercice du droit de propriété, mais de simples conventions ne modifiant en rien la manière de jouir de la chose, et que toute personne peut faire, même sans avoir la propriété de la chose réparée ou assurée. Or, quand on pénètre ainsi dans la détermination des questions de pouvoir et des questions de capacité, on reconnaît vite que la distinction des actes d'administration et des actes de disposition est variable et change de portée selon la qualité de la personne que l'on envisage. Ce caractère changeant a été bien mis en lumière dans la thèse de M. Paul Goldschmidt, *Étude sur l'acte d'administration*, Paris, 1898.

B. — Inaliénabilité exceptionnelle de la propriété.

****2340. En quoi consiste l'inaliénabilité.** — Dans sa condition normale, la propriété est aliénable, conformément à ce qui vient d'être dit, et sauf l'effet de l'incapacité personnelle du propriétaire. Mais dans certaines situations exceptionnelles, la propriété se trouve frappée d'*inaliénabilité*, c'est-à-dire que son titulaire perd la faculté de disposer valablement de son droit par voie d'aliénation (1). Les biens inaliénables acquièrent ce caractère tantôt *en vertu de la loi*, tantôt par *la volonté des particuliers*, et les clauses d'inaliénabilité établies par ceux-ci sont autorisées tantôt par un *texte positif* de la loi, tantôt simplement *par la jurisprudence*.

1° Inaliénabilités établies directement par la loi.

2341. Exemples divers (2). — L'exemple principal de ce genre d'inaliénabilités résulte de la loi du 30 mars 1887 (modifiée par L. 31 décembre 1913), sur la *conservation des monuments historiques*, qui a rendu inaliénables les objets mobiliers classés dans certaines conditions (art. 10, 11 et 13). Un autre exemple usuel se voit dans les *billets d'aller et retour* que délivrent les compagnies de chemin de fer : les deux coupons doivent être utilisés par la même personne (ord. 15 nov. 1846, art. 63) ; par conséquent, le coupon de retour ne peut être ni vendu (Paris, 7 mai 1890, D. 91. 2. 33, S. 90. 2. 171) ni même donné (Bordeaux, 11 mars 1891, S. 91. 2. 165). Mentionnons enfin une loi de circonstance du 12 mai 1871, qui avait déclaré inaliénables jusqu'à leur retour aux mains de leurs propriétaires, les objets pillés pendant la Commune.

Beaucoup d'autres lois, sans déclarer absolument l'inaliénabilité, interdisent la vente ou la mise en vente de certaines choses. Il en sera parlé dans le t. II, à propos de la vente.

2° Inaliénabilités établies par les particuliers en vertu de la loi.

***2342. Liste des cas où l'inaliénabilité est permise.** — Dans deux cas, *la loi permet aux particuliers de rendre certains biens inaliénables*, dans la mesure et sous les conditions qu'elle détermine :

1° La stipulation du *régime dotal*, qui entraîne, pour les biens de la femme compris dans

(1) On a voulu distinguer l'*inaliénabilite*, qui frapperait le bien lui-même et aurait par suite un caractère *réel*, de la simple *défense d'aliéner* qui atteindrait la personne du propriétaire et non le bien (Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 291, note 2). Si l'on veut dire par là que certaines interdictions d'aliéner sont établies en considération d'un propriétaire déterminé et lui sont personnelles, tandis que d'autres sont établies « in rem » comme auraient dit les Romains, et atteignent tout propriétaire de la chose, quel qu'il soit, cette différence se comprend. Mais on doit toujours se dire que la défense de la loi atteint directement la *personne* qui est propriétaire et rien qu'elle, car ce n'est pas le bien qui a, en quelque sorte, la puissance virtuelle et passive de subir une aliénation : c'est toujours et nécessairement en la personne du propriétaire que réside la faculté d'aliéner ; c'est donc une personne qui est atteinte par la prohibition, et non une chose, ce qui n'aurait pas de sens.

(2) Pour la Roumanie, voir la thèse de M. Netter Comarnesco, Paris, 1910.

sa dot, une inaliénabilité à peu près complète, mais dont la rigueur peut être atténuée par les clauses du contrat de mariage ;

2° Les *substitutions permises* (art. 1048 à 1074), en vertu desquelles un donateur ou un testateur peut rendre inaliénables les biens qu'il donne ou qu'il lègue, pour toute la vie de la personne gratifiée, tenue de les transmettre à ses enfants. Pareille clause n'est permise qu'aux père, mère, frères ou sœurs du gratifié et sous des limites et conditions rigoureuses.

Ces deux cas d'inaliénabilité font partie du programme de troisième année.

Un troisième cas a existé de 1806 à 1849, mais il ne peut plus être cité que pour mémoire : c'est l'institution des *majorats*, inventés par Napoléon Ier. Voyez l'art. 896, al. 3, et les textes rapportés en note dans les Codes Tripier. Comp. ci-dessus, n° 262.

3° Inaliénabilités autorisées par la jurisprudence.

****2343. Origine et développement de cette jurisprudence.** — Une jurisprudence tout à fait remarquable permet aux particuliers, d'une manière générale (c'est-à-dire sans distinction de personnes), d'établir, au moins dans une certaine mesure, l'inaliénabilité d'un bien par une clause contenue dans l'acte d'aliénation. Le point de départ se trouve dans un arrêt de la Cour d'Angers, du 29 juin 1842 (D. 42. 2. 218 et 46. 4. 163) (1). La chambre civile accueillit cette doctrine nouvelle en 1858 (Cass., 20 avril 1858, D. 58. 1. 154, S. 58. 1. 589), et depuis lors les arrêts en ce sens se multiplièrent rapidement. Voyez notamment Douai, 27 avril 1864, D. 64. 2. 89, S. 64. 2. 264. Aujourd'hui la question de principe ne se discute plus devant les tribunaux, mais il y a encore de nombreuses difficultés sur les limites qu'il convient d'assigner à ces clauses d'inaliénabilité, et l'on peut même constater dans la jurisprudence la plus récente une tendance à ne plus faire de nouveaux pas dans cette voie. Voyez Alger, 20 janv. 1879, D. 79. 2. 143 ; Cass., 22 juill. 1895, D. 98. 1. 17 et la note.

***2344. Prohibition des clauses d'inaliénabilité perpétuelle.** — Parmi les clauses d'inaliénabilité, la jurisprudence fait un triage. D'abord, elle considère comme *absolument interdite toute clause établissant l'inaliénabilité perpétuelle* (Cass., 19 mars 1877, D. 79. 1. 455, S. 77. 1. 203 : Cass., 20 mai 1879, D. 79. 1. 431, S. 80. 1. 14 ; Cass., 8 nov. 1897, D. 98. 1. 48. Comp. Paris, 23 juin 1892, D. 92. 2. 379 ; Paris, 26 juill. 1898, D. 99. 2. 24) (2).

(1) Les arrêts plus anciens annulaient régulièrement les clauses des donations et des testaments qui tendaient à rendre un bien inaliénable (Lyon, 7 avril 1835, et Paris, 11 mars 1836, D. 36. 2. 82 et 83 ; Dalloz, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs, n° 179). Cependant on trouve deux arrêts qui ont validé une interdiction d'aliéner parce qu'ils y ont vu simplement la conséquence d'une autre convention permise, la stipulation d'un *droit de retour conventionnel* au profit d'un donateur (Rennes, 10 août 1812, *Répertoire* de Dalloz, v° Dispositions entre vifs, n° 1778 ; Paris, 26 mai 1826, *Journal du Palais*, 1826, p. 515). Ces arrêts n'ont pas été le point de départ du mouvement, puisqu'ils n'ont pas reconnu à la stipulation d'inaliénabilité la valeur d'une clause *sui generis*. Voyez aussi deux arrêts de Bruxelles, 21 janvier 1816 et 20 octobre 1817, qui visaient simplement une défense faite à un légataire de disposer au profit de son conjoint (Dalloz, *Répertoire*, eod. V°, n°s 180-2° et 3546).

(2) On cite cependant une clause perpétuelle d'inaliénabilité qui a été regardée comme valable, dans un cas, il est vrai tout à fait exceptionnel (Trib. de Baugé, 20 févr. 1867, S. 68. 2. 56).

Un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation a formulé très nettement le principe sur lequel cette prohibition est fondée : la libre disposition des biens est un attribut essentiel de la propriété ; c'est une règle d'ordre public qui ne peut fléchir que dans les cas où la loi a autorisé par des textes formels une dérogation à ce principe fondamental ; en dehors de ces cas, une clause tendant à mettre une chose hors du commerce, ne peut avoir force obligatoire (6 juin 1853, D. 53. 1. 190, S. 53. 1. 619) (1).

Du reste la jurisprudence ne prend pas le mot « perpétuelle » dans un sens absolu ; elle considère comme prohibée toute inaliénabilité qui doit *se prolonger longtemps*, et l'appréciation de ce point est une pure question de fait décidée souverainement par les tribunaux. Aussi les solutions varient-elles beaucoup. Ainsi une clause d'inaliénabilité qui devait durer 17 ans a été annulée (Alger, 20 janv. 1879, D. 79. 2. 143) ; une inaliénabilité de quarante ans a été considérée comme temporaire (trib. de la Seine, 22 mars 1881, *Revue du Notariat*, 1881, nº 6274). Toutefois la Cour de cassation a établi comme règle qu'une inaliénabilité qui doit durer autant que la vie de la personne propriétaire doit être considérée comme perpétuelle (Cass., 19 mars 1877, D. 79. 1. 455, S. 77. 1. 203 ; Cass., 24 janv. 1899, D. 1900. 1, 533) ; en effet, pour ce propriétaire, elle a le même effet qu'une interdiction sans limite. Comp. Paris, 9 mars 1900, D. 1901. 2. 505 ; Paris, 5 nov. 1901, D. 1902. 2. 89, et Paris, 30 déc. 1901, S. 1904. 2. 201. Voyez cependant ci-dessous, nº 2345-1º.

***2345. Validité des clauses temporaires d'inaliénabilité.** — L'inaliénabilité temporaire est permise, à la double condition qu'elle soit de brève durée et qu'elle soit justifiée par un intérêt sérieux (2). L'*intérêt* qui légitime, d'après la jurisprudence, la clause d'inaliénabilité temporaire peut être : 1º celui du donateur, 2º celui du donataire, 3º celui d'un tiers.

1º Le *donateur* cherche souvent à garantir un droit d'usufruit qu'il se réserve sur les biens donnés, et surtout à s'assurer le bénéfice du *retour légal* (art. 747) qui lui permettra de reprendre les biens donnés, s'il survit au donataire et *si ces biens se retrouvent en nature dans la succession* : en faisant défense au donataire d'aliéner, le donateur est sûr de pouvoir exercer son droit, qui serait perdu si le donataire avait disposé des biens donnés

(1) Il y a cependant dans la pratique quelque chose qui ressemble fort à ces clauses d'inaliénabilité perpétuelle : ce sont les *fondations*, donations faites à une personne morale, une ville, par exemple, avec affectation des biens donnés à une destination déterminée. La ville donataire ne peut changer l'affectation du bien, et, par suite, il lui est impossible d'aliéner. Or les fondations sont perpétuelles de leur nature, et cependant leur validité est admise. M. Huc pense que l'aliénation du bien peut être autorisée, quand elle devient nécessaire, à la condition que le prix à en provenir reçoive la même affectation que le bien lui-même, et que si, d'après les circonstances du fait, l'affectation perpétuelle de l'immeuble devait être entendue comme impliquant une véritable défense d'aliéner, cette défense devait être considérée comme non écrite par application de l'art. 900 (t. IV, nº 88). M. Beudant avait déjà signalé cette différence entre la charge des fondations et l'inaliénabilité véritable (D. 93. 2. 6). Le bien n'est pas inaliénable, c'est seulement sa *valeur* qui n'est pas disponible pour une autre affectation. — En tout cas, ce que l'on veut protéger contre les clauses d'inaliénabilité c'est la *propriété* et sa libre circulation ; mais quand la clause s'applique à une *créance*, telle qu'une rente viagère, elle peut être perpétuelle et durer la vie entière (Paris, 5 avril 1905, D. 1905. 2. 225, S. 1905. 2. 297. *Contrà*, Besançon, 27 déc. 1905, D. 1906. 2. 218).

(2) Cette distinction entre les clauses d'inaliénabilité temporaires et perpétuelles était déjà proposée en 1826 dans les conclusions d'un plaideur (Paris, 26 mai 1826, *Journal du Palais*, 1826, p. 515). — Voyez un exemple remarquable dans Cass., 9 mars 1900, D. 1901. 2. 505, S. 1902. 2. 282, et la note de M. Boutaud

(Angers, 27 juin 1842 précité ; Douai, 23 juin 1851, D. 52. 2. 245, S. 51, 2. 612 ; Cass., 29 avril 1858, D. 58. 1. 154, S. 58. 1. 589 ; Cass., 22 juill. 1896, D. 98. 1. 17) (1).

2° L'inaliénabilité peut aussi être établie dans l'intérêt du *légataire* ou *donataire* (Cass., 11 juill. 1877, D. 78. 1. 62, S. 77. 1. 443 ; Cass. 18 avril 1901, P. 1901. 1. 254, S. 1901. 1. 240), par exemple jusqu'à ce qu'il ait atteint un âge déterminé : on le protège ainsi contre son inexpérience.

3° Enfin l'intérêt pris en considération peut être celui d'un *tiers*, par exemple lorsque les biens sont déclarés inaliénables entre les mains du légataire pour assurer le service d'une rente viagère dont ils sont grevés au profit d'une autre personne, l'inaliénabilité devant cesser à la mort de cette personne (Cass., 12 juill. 1865, D. 65. 1. 475, S. 65. 1. 342. — Comp. Cass., 9 mars 1868, D. 68. 1. 309, S. 68. 1. 204).

***2346. Sanction de l'inaliénabilité.** — Cette sanction se présente sous deux formes différentes, selon la volonté du disposant.

A. — Révocation de la libéralité. — Le disposant peut prononcer la *révocation* de sa libéralité pour le cas où le donataire ou légataire contreviendrait à sa défense. En ce cas, il n'y a pas d'*inaliénabilité* véritable ; il y a *résolution* de la donation ou du legs ; sans doute, l'aliénation consentie par le donataire ou légataire tombe par l'effet de la condition résolutoire, mais la propriété revient au disposant ou à ses héritiers.

B. — Nullité de l'aliénation. — Le disposant peut attacher à sa prohibition une sanction moins sévère, s'il entend que le donataire ou légataire conserve le bénéfice de la libéralité qu'il lui adresse ; en ce cas (qui est le plus ordinaire), il y a seulement *nullité* de l'aliénation faite en contravention à la clause d'inaliénabilité, et la propriété fait retour au donataire ou légataire qui reste ainsi propriétaire malgré lui, malgré la velléité qu'il a eue d'aliéner. C'est uniquement de ce second cas qu'il est question ici.

Cette nullité est admise par la jurisprudence (Cass., 9 mars 1868, D. 68. 1. 309, S. 68. 1. 204 ; Paris, 14 juin 1883, S. 84. 2. 171, et tous les arrêts précités). C'est même cette possibilité d'opposer la clause aux tiers et d'évincer les acquéreurs qui rend redoutable l'inaliénabilité perpétuelle et qui la fait annuler (2).

(1) Ce double motif (sauvegarde de l'usufruit, sauvegarde du droit de retour) a été historiquement le point de départ de toute cette jurisprudence favorable aux clauses d'inaliénabilité. C'est lui qu'on voit apparaître le premier dans les arrêts d'Angers, 1842, et de Douai, 1851. Cependant il n'a pas grande valeur : d'une part, un nu propriétaire ne peut rien faire qui compromette les droits de l'usufruitier (art. 600 et suiv.), et celui-ci n'a rien à craindre des actes de disposition accomplis sur le droit de nue propriété, qui laissent toujours son usufruit intact. D'autre part, s'il s'agit d'un ascendant donateur qui veut se réserver d'une manière sûre le droit de reprendre les biens donnés quand le donataire mourra, il n'a qu'à stipuler le *retour conventionnel* (art. 951-952) qui lui procurera un avantage au moins aussi grand que l'inaliénabilité.

(2) L'inaliénabilité ainsi établie entraîne-t-elle une responsabilité pour les tiers ? Voyez Cass., 30 oct. 1911, P. et S. 1912. 1. 385, et la note de M. Wahl.

A qui appartient l'action en nullité? Uniquement à la personne dans l'intérêt de laquelle la prohibition a été établie. Ainsi quand le donateur a cherché son propre intérêt, soit pour s'assurer le bénéfice du retour légal, soit pour faciliter l'exercice de son droit d'usufruit, lui seul a le droit d'agir, et l'action est refusée au donataire (Paris, 26 mai 1826, *Journal du Palais*, 1826, p. 515; Cass., 27 nov. 1893, D. 94. 1. 566). Au contraire, quand l'inaliénabilité a pour but de protéger le donataire, on lui donne bien l'action en nullité (Besançon, 14 mai 1870, D. 73. 2. 110; Paris, 14 juin 1883, S. 84. 2. 171), mais on la refuse au donateur (Paris, 13 fév. 1902, et Cass., 22 mars 1903, D. 1903. 1. 337 et la note). Cette dernière solution a l'inconvénient d'enlever à peu près toute utilité à la clause d'inaliénabilité quand elle est justifiée par le prodigalité du légataire : celui-ci se gardera bien d'agir en nullité, et personne ne pourra le faire dans son intérêt.

Conséquence de l'inaliénabilité. — Le bien, rendu inaliénable, devient en même temps *insaisissable par les créanciers* du légataire ou donataire. Sinon la défense d'aliéner serait illusoire : un emprunt autoriserait le créancier à faire saisir et vendre. Cette insaisissabilité est même *perpétuelle* pour les créanciers qui ont acquis leurs droits pendant la durée de l'inaliénabilité (voyez t. II, nº 184-B, 3º et la note).

***2347. Appréciation de cette jurisprudence.** — Toute cette jurisprudence est fort sujette à critiques. Certains arrêts anciens ont dit et répété que la clause d'inaliénabilité n'est défendue par aucune loi (Orléans, 17 janv. 1846, D. 46. 2. 203). La libre disposition des biens et l'impossibilité de les rendre inaliénables à volonté est une maxime d'ordre public et la nullité de toutes les conventions dérogatoires résulte suffisamment des art. 544, 896, 1048 et suiv., 1542, 1543, 1594, qui établissent la liberté d'aliéner du propriétaire et limitent restrictivement les cas où il est permis de la supprimer (1). Quelques arrêts plus récents présentent autrement leur système : la clause d'inaliénabilité serait nulle en principe; mais *cette interdiction doit s'entendre avec un certain tempérament*, n'étant fondée que sur un intérêt général d'ordre économique; elle doit fléchir quand il existe un intérêt particulier et sérieux à la suppression de la faculté d'aliéner (Cass., 20 avril 1858, D. 58. 1. 154, S. 58. 1. 589; Rennes, 22 mars 1862, sous Cass., D. 64. 1. 495). Il y aurait beaucoup à dire sur la valeur de cet argument et sur le danger qu'il y a à substituer en pareille matière l'appréciation arbitraire des juges à un principe fixe fondé sur une raison permanente (Comp. Dalloz, *Répert.*, vº *Dispositions entre vifs*, nº 179, et note 1 dans le recueil périodique, D. 58. 1. 154). Quant aux derniers arrêts (rendus depuis 1865), ils ne se donnent même plus la peine de justifier leur solution et se bornent à affirmer « que la clause d'inaliénabilité temporaire est licite ».

2348. Bibliographie. — Ancelot, *Revue de législation*, 1852, p. 158. — Saignat, *De la clause portant prohibition d'aliéner*, thèse, Bordeaux, 1896. — Paul Bretonneau, *Études sur les clauses d'inaliénabilité...*, thèse, Paris, 1902. — L. Achard, même sujet, Grenoble, 1910.

§ 3. — *De la propriété résoluble.*

***2349. Fréquence des propriétés résolubles.** — La propriété peut être transmise sous condition soit par un *contrat*, soit par un *testament*. La *loi* elle-même établit pour la

(1) A ce point de vue, il faut signaler l'extrême faiblesse de l'*unique* argument juridique qu'aient donné les premiers arrêts (Angers, 1842) : la Cour dit que le Code ne répugne pas aux clauses d'inaliénabilité temporaire, puisqu'il en autorise l'emploi dans les art. 1048 et suivants. Sur ces articles, voyez ci-dessus, nº 2342-2º. Avec un pareil raisonnement, toute exception faite à un principe, même dans la plus faible mesure possible, en autoriserait un nombre illimité d'autres, ce qui détruirait toute règle. Tout cela est directement contraire à ce grand principe d'interprétation des lois que les textes exceptionnels ne s'étendent pas par analogie d'un cas à un autre. — Au contraire, ainsi que l'a fort bien remarqué M. Huc, les arguments donnés par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 juin 1853 (ci-dessus, nº 2344) pour démontrer la nullité des prohibitions perpétuelles « ont une valeur intrinsèque tout à fait indépendante de la durée de la prohibition » (t. VI, nº 85), et par conséquent ils militent avec la même force contre les prohibitions temporaires.

propriété diverses causes de résolution. Enfin on peut remarquer que les *actions en nullité ou en rescision* font l'office de conditions résolutoires, puisque l'on n'est pas sûr d'avance qu'elles seront exercées et qu'elles triompheront, et que, lorsqu'elles réussissent, elles anéantissent rétroactivement l'acte annulé comme le ferait une condition résolutoire réalisée. Il est donc assez fréquent de voir un propriétaire dont le droit peut disparaître rétroactivement par l'effet d'un événement de réalisation incertaine, et on n'aurait qu'une vue incomplète des effets du droit de propriété, si on ne se rendait pas compte de la façon dont ils disparaissent sous l'action d'une condition résolutoire.

2350. Situation de la propriété durant la condition pendante. — Quand une propriété est menacée de résolution, la situation qui en résulte est exactement la même que si la propriété avait été transmise sous condition suspensive. Dans les deux cas (aliénation sous condition suspensive, aliénation sous condition résolutoire), il existe toujours et nécessairement, en face l'un de l'autre, *deux propriétaires*, dont l'un est propriétaire *sous condition suspensive*, l'autre *sous condition résolutoire*. En effet, quand une aliénation (une vente par exemple) est suspendue par une condition, le déplacement de la propriété ne s'opère pas encore : l'effet juridique de l'acte est retardé par la condition en suspens. L'aliénateur reste donc *provisoirement* propriétaire, mais sa propriété sera *résolue* si la condition suspensive se réalise au profit de l'acquéreur ; le même événement qui vaut pour l'un condition suspensive, est pour l'autre une condition résolutoire. On peut tenir un raisonnement semblable pour le cas où l'aliénation est faite sous condition résolutoire : l'aliénateur, dépouillé dès maintenant de sa propriété par l'effet de l'aliénation, redeviendra propriétaire rétroactivement si l'aliénation est résolue. Il est donc, en attendant que la condition arrive, propriétaire sous condition suspensive.

La situation qui vient d'être décrite est complexe parce que le même droit [la propriété du bien ainsi aliéné] a *deux titulaires*, l'un *actuel*, l'autre *possible*, et que leurs actes peuvent s'appliquer à la chose pendant une même période de temps. De là des difficultés dont les principales seulement pourront être étudiées ici. Qu'on se pénètre bien de cette idée que l'ALIÉNATEUR *sous condition suspensive* est dans la même situation que l'ACQUÉREUR *sous condition résolutoire* : tous deux ont en main une *propriété résoluble*. C'est leur situation qui va être examinée.

A. — Effet de la résolution sur les actes de disposition.

***2351. Effet de la résolution contre les tiers.** — On suppose que le propriétaire dont le droit est résoluble a fait sur la chose des actes de disposition [aliénations, constitutions d'hypothèques, de servitudes, etc.] ou que de pareils droits sont nés de son chef en vertu de la loi [hypothèques légales, usufruit légal, etc.]. Ces droits ont pris naissance au profit des tiers alors que la condition était pendante ; supposons que la condition, qui

devait amener la résolution, se réalise ; car si cette condition vient à défaillir, le propriétaire dont le droit a été quelque temps menacé de résolution, se trouve replacé dans la situation normale d'un propriétaire dont le droit est stable : c'est comme si aucune cause de résolution n'avait jamais existé. La résolution survenant contre le propriétaire, son effet se produit *contre les tiers* qui avaient acquis, de lui ou de son chef, des droits sur la chose, sous-acquéreurs, créanciers hypothécaires, etc. Toutes ces personnes perdent leur droit *par voie de conséquence*, quand le droit de leur auteur est résolu. C'est ce qu'exprime l'adage : « Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. »

2352. Règle particulière pour les actions en nullité ou en rescision. — Les actions en nullité ou en rescision, quand elles sont dirigées contre une aliénation, produisent le même effet que les conditions résolutoires (ci-dessus, n° 2350). Elles réfléchissent donc de la même manière contre les sous-acquéreurs, quand il y en a, mais cela à une condition : il faut *que le sous-acquéreur soit mis en cause* dans le procès sur la demande en nullité ou en rescision, faute de quoi le jugement obtenu ne lui serait pas opposable, à cause du principe sur l'autorité relative de la chose jugée. On n'a pas besoin de prendre une précaution semblable quand il s'agit d'une condition résolutoire casuelle : l'événement, qui joue le rôle de condition, est un fait qui, en s'accomplissant, devient naturellement vrai pour tout le monde.

****2353. Inconvénients des résolutions rétroactives.** — Cet effet de la résolution rétroactive du droit de propriété est une source redoutable de dangers dans les affaires. On craint toujours de traiter avec un propriétaire soumis à une condition résolutoire, et parfois la résolution survient à l'improviste, surprenant des tiers qui comptaient sur la solidité de leurs droits (1). L'inconvénient n'est pas seulement pour les tiers : il retombe indirectement sur le propriétaire lui-même, avec lequel on refuse de traiter, ou qui ne trouve à le faire qu'à des conditions onéreuses.

2354. Système italien. — L'opinion moderne, d'après laquelle il y aurait avantage à supprimer les résolutions de propriété s'opérant contre les tiers et à ne conserver l'effet de la résolution qu'entre les parties, a été accueillie par les auteurs du Code italien, au moins en principe : dans la vente d'immeuble, la résolution fondée sur le défaut de paiement du prix ne préjudicie pas aux droits des sous-acquéreurs qui ont traité avec l'acquéreur primitif avant que la demande en résolution ait été rendue publique par la transcription (art. 1511 et 1933) (2).

2355. Système allemand. — Il est très remarquable qu'en Allemagne, où on a supprimé la rétroactivité des conditions (art. 158 all.), on leur laisse néanmoins produire leur effet contre les tiers : « Tout acte fait (par un propriétaire sous condition suspensive ou résolutoire) est invalidé par la réalisation, en tant qu'il anéantirait ou entraverait l'effet de cette dernière » (art. 161 C. all., al. 1 et 2). Les tiers perdent ainsi les droits qu'ils avaient acquis, mais sans rétroactivité : la condition résolutoire produit à leur égard l'effet d'un terme extinctif, qui met fin à leurs droits pour l'avenir seulement (3).

(1) La jurisprudence admet que l'annulation du titre d'un propriétaire réfléchit contre ses sous-acquéreurs, alors même que ceux-ci ont ignoré le danger qui les menaçait ; on n'étend pas aux propriétaires qui possèdent à titre particulier la règle exceptionnelle admise au cas d'*héritier apparent*. Voyez Cass., 14 févr. 1900, S. 1900. 1. 449 et la note de M. Tissier.

(2) Cette innovation a été contestée en Italie même (Curzio, *Littere sul codice civile*, p. 36 et suiv.).

(3) En matière immobilière, ces règles se combinent avec le système de publicité au moyen

***2356. Publicité des annulations et résolutions prononcées par jugement.** — Quand un propriétaire, qui avait aliéné son bien, le reprend par l'effet d'une action en nullité, en rescision, ou en résolution (1), la loi veut que le jugement qui lui rend son bien, soit rendu public *par voie de transcription* (L. 23 mars 1855, art. 4) (2).

Il y a là une mesure exceptionnelle : ordinairement sont seuls soumis à la formalité de la transcription les actes qui sont *translatifs de propriété*, comme la vente, la donation, l'échange. Or le propriétaire qui reprend son bien dans les hypothèses sus-indiquées *ne l'acquiert pas* : il ne se produit à son profit aucun acte translatif ; il ne devient pas l'ayant cause de l'acquéreur dont le titre est résolu. Il est, au contraire, réputé n'avoir jamais aliéné et être resté *sans interruption* propriétaire de son bien : il le reprend en vertu de son titre ancien, de celui qui lui en avait originairement transféré la propriété. Il ne devrait donc pas y avoir lieu à transcription. Néanmoins la loi veut que la transcription soit faite pour avertir les tiers, à cause du grand intérêt que ceux-ci ont à connaître la résolution subie par l'acquéreur : celui-ci était devenu en apparence propriétaire définitif de la chose, il est fort utile qu'on sache qu'il a perdu sa propriété par l'effet d'un jugement de résolution ou d'annulation.

2357. Forme et sanction. — Cette publicité se fait sous une forme spéciale : *on mentionne le jugement de résolution ou d'annulation en marge de la transcription* précédemment opérée par l'acquéreur pour son titre d'acquisition. Cette mention doit être faite, dans le mois du jugement, sur les diligences de l'avoué qui l'a obtenu.

La sanction aussi est moins sévère que celle du droit commun : l'omission de cette formalité n'influe en rien sur l'efficacité du jugement, il n'en peut résulter qu'une amende de 100 francs pour l'avoué négligent (L. 23 mars, art. 4, al. 2) (3).

2358. Différence entre le droit civil et le droit fiscal. — L'effet rétroactif de la résolution fait que l'acquéreur est réputé n'avoir jamais été propriétaire ; c'est comme si l'acquisition n'avait pas été faite. Cela est vrai en droit civil, mais non en droit fiscal ; s'il n'avait jamais acquis le bien, l'acquéreur n'aurait pas eu à payer les droits d'enregistrement et notamment le droit proportionnel de mutation ; cependant, en fait, ce droit a été payé par lui lors de l'acquisition, et il ne pourra pas se le faire rembourser : l'administration ne restitue jamais un droit régulièrement perçu (L. 22 frimaire an VII, art. 60).

B. — Effet de la résolution sur les autres actes.

***2359. Actes d'administration.** — On discute sur le sort des actes d'administration faits durant la condition pendante par celui des deux propriétaires qui était en possession de la chose. L'opinion dominante en France *maintient ces actes*, en vertu d'un mandat tacite donné par l'autre intéressé

des registres fonciers. L'art. 925 ne permet pas d'inscrire sur les registres une aliénation faite sous condition. Il en résulte qu'en fait l'aliénateur, resté propriétaire d'après les registres, pourrait constituer, avant l'arrivée de la condition, des droits opposables à l'acquéreur. Celui-ci se prémunit contre ce danger, au moyen d'une *prénotation* (Vormerkung) qui assure son droit futur (art. 883).

(1) La résolution ne se produit pas toujours par l'effet d'une condition, comme celles qui ont été étudiées ci-dessus (nos 306 et suiv.). Elle peut aussi résulter d'une *action en justice* et être prononcée par jugement : l'exemple caractéristique est celui du vendeur non payé qui fait résoudre la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654. Comp. art. 1184).

(2) La transcription est une formalité qui consiste à copier entièrement un contrat ou un acte sur des registres spéciaux qui sont tenus, dans chaque arrondissement, par le conservateur des hypothèques.

(3) En règle générale, quand un acte qui devait être transcrit ne l'a pas été, la conséquence est beaucoup plus grave, et elle compromet le droit des parties : l'acte n'est pas opposable aux tiers (L. 23 mars 1855, art. 3). Ce point qui a une importance capitale dans notre législation, sera expliqué plus loin en détail (nos 2615 et suiv.).

qui se trouve en fait hors d'état d'administrer lui-même (DEMOLOMBE, t. XXV, nos 464, 537 et 538 ; AUBRY et RAU, § 302, texte et note 75 ; Cass., 18 juill. 1854, D. 54. 1. 357, S. 55. 1. 36).

Le système d'interprétation étroite pratiqué par Laurent tend à ébranler cette opinion : cet auteur prétend qu'il n'y a aucune raison pour distinguer entre les actes de disposition et les actes d'administration, et que les uns et les autres doivent tomber avec le titre de celui qui les fait. Laurent ajoute que le Code lui-même nous révèle sa pensée dans l'art. 1673 ; cet article, qui vise un cas particulier de résolution, maintient les baux faits sans fraude par l'acquéreur dont le droit est résolu ; c'est un texte exceptionnel, qui suppose que ces baux tomberaient d'après le droit commun ; car si le droit commun les laissait subsister, l'art. 1673 serait inutile (LAURENT, t. XVII, nos 82 et 83 ; HUC, t. VII, no 257). Si on objecte à ces auteurs que leur opinion va rendre toute administration impossible, au grand détriment de l'utilité générale, ils répondent que puisqu'il y a deux propriétaires, dont l'un sera certainement le propriétaire définitif, on n'a qu'à les faire intervenir tous les deux : une des deux signatures sera valable. Il en résultera tout au moins une grande complication, pour des actes qui sont de tous les jours.

***2360. Jugements.** — Les jugements rendus *contre* l'un des deux propriétaires, même contre celui qui est en possession de la chose, sont sans effet contre l'autre qui n'a pas été représenté dans l'instance ; ces jugements ne lui seront donc pas opposables, après la résolution du droit de celui qui a plaidé et succombé. C'est l'application de l'art. 1351 C. civ. sur l'autorité relative de la chose jugée. Pour avoir un jugement utile à tout événement, le tiers qui plaide doit avoir soin de faire mettre les deux personnes qui sont propriétaires de la chose, l'une sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive. — Quant aux jugements rendus *en faveur* d'un seul des deux intéressés, on admet en général qu'ils profitent à l'autre, parce que celui des deux à qui la chose appartiendra définitivement peut les invoquer du chef de l'autre, comme créancier de ce dernier, par application de l'art. 1166.

***2361. Perceptions de fruits.** — Tant que la condition est pendante, le propriétaire sous condition résolutoire possède la chose et en perçoit les fruits. Les garde-t-il quand la résolution de son droit est opérée? On ne peut pas donner de solution uniforme pour tous les cas. En principe, celui qui a perçu les fruits en doit la restitution, quand son droit est résolu rétroactivement. Ceci est conforme à la fois à l'art. 1183, qui l'oblige à restituer « ce qu'il a reçu » (car la perception des fruits est une suite de la possession de la chose, qui lui a été donnée ou laissée), et à l'art. 547, aux termes duquel les fruits d'une chose appartiennent à celui qui en est propriétaire.

Il y a des cas assez variés dans lesquels la loi, par une disposition spéciale, laisse les fruits à celui qui les a perçus, bien qu'il subisse la résolution de sa propriété. Voyez les art. 856, 928, 958, 962 et 1682.

CHAPITRE III

RÉGIME SPÉCIAL DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

2362. Bibliographie. — Il n'existe pas d'ouvrage sur la propriété dans son ensemble, si ce n'est ceux qui font partie des traités généraux de droit civil. Mais on trouve un grand nombre de publications sur des matières intéressant la propriété. Voyez spécialement pour la *propriété rurale*, A. SOUCHON, *La propriété paysanne*, étude d'économie rurale, Paris, 1899. — A de FOVILLE, *Études économiques et statistiques sur la propriété foncière* ; *Le morcellement*, in-8o. — FLOUR DE SAINT GENIS, *La propriété rurale en France*, Paris, 1902. — H. HAYEM, *Le droit de propriété et ses limites*, Paris, 1910. — Voyez aussi ci-dessus,

pour l'histoire et la justification de la propriété, nos 2322 et 2326 en note ; et ci-dessous, pour le cadastre, no 2365 ; pour le voisinage, nos 2366 et 2367, aux notes ; pour le morcellement, no 2384 ; pour le régime des eaux, no 2409 ; pour la houille blanche, no 2421 ; pour les modes de preuve de la propriété, no 2450 ; pour l' « Act Torrens » et les livres fonciers, nos 2635, 2641 et 2643. Pour les abus du droit de propriété, voyez t. II, no 782-4o.

2363. Lacunes du Code civil. — La plupart des règles établies par les lois sur le droit de propriété concernent exclusivement la *propriété foncière*. Le motif en est simple : par leur nature, les meubles sont isolés les uns des autres ; ils n'établissent pas ce contact perpétuel avec la propriété d'autrui qu'engendre la possession du sol. De plus, ils se trouvent beaucoup moins souvent en contact avec le public. Ils n'ont donc pas provoqué autant de conflit que les immeubles, ni appelé une réglementation aussi compliquée. D'autre part, la propriété foncière, par la nature et l'importance des choses qui en font l'objet (1), confère aux propriétaires certains droits qui ne se trouvent pas dans la propriété mobilière, et qui constituent par suite des attributs spéciaux à ce genre de propriété.

Le Code civil ne donne qu'une idée très imparfaite du régime applicable à la propriété foncière. *Un grand nombre de règles ont été établies par des lois spéciales*, notamment toutes celles qui ont trait à la *voirie*, à l'*alignement*, au *nivellement*, à l'*hygiène*, ainsi que les servitudes ou précautions imposées aux propriétaires par le *voisinage d'un cours d'eau*, d'une *route*, d'un *chemin de fer*, d'un *cimetière*, d'une *source d'eau minérale*, d'un *ouvrage de défense militaire*, etc. Si l'on comprend dans une certaine mesure que le Code civil ait négligé ces questions, parce qu'elles constituent ce qu'on peut appeler le *régime administratif* de la propriété, il en est d'autres dont l'omission est moins excusable. Les règles relatives à la *propriété rurale*, qui tenaient une si large place dans notre ancien droit, ne se retrouvent pas dans le Code Napoléon. La Constituante avait bien voté un Code rural (Décr. 28 sept.-6 oct. 1791), concernant les biens et les usages ruraux et la police rurale, mais ce texte fut vite reconnu insuffisant, et bon nombre de ses dispositions furent implicitement abrogées par le Code civil, qui cependant est fort loin de contenir une législation rurale complète.

2364. Le nouveau Code rural. — Le projet, mis en train en 1864, n'était pas encore terminé quand survint la révolution du 4 septembre 1870. Il fut repris en 1876 et comprend 257 articles, divisés en deux livres : *Régime du sol* ; *Régime des eaux* ; un troisième livre devait être consacré à la *police rurale* ; mais le Sénat pensa qu'il était préférable d'étudier et de voter séparément les diverses parties.

Titre Ier. Il est devenu la loi du 20 août 1881, sur les *chemins ruraux* et les *sentiers d'exploitation*, que l'on imprime sous la forme de deux lois séparées, bien qu'il n'y en ait qu'une seule, comme le prouve le numérotage des articles.

Titres II (*Parcours et vaine pâture*) et III (*Exploitation de la propriété rurale*). Ces deux titres ont été réunis pour former la loi du 9 juillet 1889, qui a été modifiée en partie par la loi du 22 juin 1890.

Titre IV. Il est devenu la loi du 18 juillet 1889, sur le *bail à colonage* (2) *partiaire*.

Titre V. Sur l'*emphytéose*. Devenu la loi du 25 juin 1902.

Titre VI. Ce titre, qui traite *Des animaux employés à l'exploitation rurale*, est aujourd'hui la loi du 4 avril 1889 (11 articles).

(1) On évalue actuellement la richesse immobilière de la France à 127 milliards, dont 70 pour la propriété non bâtie, et 57 pour la propriété bâtie. A raison de cette importance, on attribue une compétence exclusive aux tribunaux civils en matière de propriété foncière (Note secrète du président Barris, du 5 novembre 1813, déjà signalée au no 1404, ci-dessus ; C. for. art. 182 ; L. 15 avril 1829, art. 39). Quand une question relative à la propriété foncière se présente devant eux, les tribunaux répressifs doivent surseoir pour attendre la décision des tribunaux civils.

(2) La loi dit mal à propos *colonat*. Le colonat est une condition spéciale des personnes, intermédiaire entre l'esclavage et la liberté, qui a joué un grand rôle dans la décomposition de l'Empire romain et dans les premiers siècles du moyen âge. Il a disparu depuis longtemps. Le *colonage partiaire* ou *métayage* est un procédé d'exploitation des terres, par lequel le propriétaire et le cultivateur s'associent, l'un donnant ses capitaux, l'autre son travail, pour partager les produits et récoltes dans une proportion convenue : c'est donc un *contrat* et non un *état juridique des personnes*, comme l'était le colonat.

Titre VII. Sur les *maladies contagieuses*. Il nous a donné les lois du 21 juillet 1881, du 14 janvier 1905 et du 23 février 1905, sur la *Police sanitaire des animaux*.

Titre VIII. *Des vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques*. C'est la loi du 2 août 1884.

Titre IX. *Sur les animaux nuisibles*. N'est pas encore voté.

Titre complémentaire sur la *Mitoyenneté des clôtures et plantations* et le *droit de passage*. Il a été voté le 20 août 1881, mais ne forme pas une loi spéciale ; il a été incorporé dans le Code civil, dont on a remanié les art. 666 à 673 et 682 à 685.

Quant au livre II du Code rural, sur le *régime des eaux*, il a fourni la loi du 8 avril 1898, qui, par son art. 1er, a modifié les art. 641, 642 et 643 C. civ. et qui contient en outre 52 autres articles de dispositions nouvelles (ci-dessous, nº 2410). Il reste encore à voter deux titres pour compléter ce livre.

Le livre III (police rurale) est moins avancé. Le titre Ier (police administrative) a seul été voté (L. 21 juin 1898) ; le reste est encore à l'état de projet.

Sur ces matières, voyez les Notices de l'*Annuaire de législation française*.

2365. La réfection du cadastre. — Un autre grand travail a été entrepris par la commission du cadastre, nommée sur la proposition de M. Rouvier, alors ministre des finances, par décret du 30 mai 1891 (voy. le rapport de M. Rouvier, D. 92. 4. 28). Elle étudie les moyens de refaire le cadastre qui est la *détermination physique* (géométrique) de chaque immeuble, et l'établissement d'un plan d'ensemble. A l'aide d'un cadastre refait, on pourrait établir les *livres fonciers* qui donneraient exactement l'*état juridique* de chaque parcelle cadastrale (voyez ci-dessous, nº 2635). Ses procès-verbaux ont été publiés et forment plusieurs volumes. Jusqu'ici, ses travaux n'ont donné lieu qu'à un projet de loi sur le régime hypothécaire déposé à la Chambre par M. Darlan, garde des sceaux, le 27 octobre 1896. Une loi du 17 mars 1898 a pris diverses mesures pour rendre plus rapide et plus facile la revision du cadastre.

Bibliographie. — Sur le cadastre actuel, qui a été exécuté de 1807 à 1850, voyez l'Exposé fait par M. Boutin, *Procès-verbaux*, 1er fascicule, p. 32. Voyez aussi *Grande Encyclopédie*, t. VIII, p. 678 et suiv. — Quennec, article « Cadastre », dans le *Répertoire de droit administratif* de Béquet. — De la Palud, *De l'application du cadastre à la détermination de la propriété immobilière et des autres droits réels*, Paris et Genève, 1854, in-8º. — Georges Bonjean, *Revision et conservation du cadastre*, 1874, 2 vol. in-8º. — Jules Breton, *La réorganisation cadastrale*, Paris. — J.-B. Hennequin, *Du cadastre, projet de réfection juridique avec revision périodique*, Paris, 1900.

§ 1. — *Relations entre propriétaires voisins.*

***2366. Comment levoisinage fait naître des obligations.** — La contiguïté des propriétés foncières fait naître, entre propriétaires voisins, certaines relations qui les *obligent* parfois les uns envers les autres à faire quelque chose. Ces obligations naissent *de plein droit* entre propriétaires, *du seul fait de leur voisinage*. Le voisinage a jadis été rangé, parmi les sources d'obligations, dans la classe des *quasi-contrats* : Pothier étudiait le voisinage comme un quasi-contrat, à la suite des sociétés, communautés et indivisions, qui engendrent elles aussi des obligations (édit. Bugnet, t. IV, p. 328) (1). Cependant le Code n'a pas suivi cet exemple ; dans l'art. 1370,

(1) L'idée de Pothier, mise sous mon nom, a été combattue avec un rationalisme peut-être trop rigoriste, par M. Georges Ripert, dans une thèse d'ailleurs très bien faite sur l'*Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1902, p. 266-267.

il présente comme purement *légales* les obligations existant entre propriétaires voisins.

2367. En quoi ces obligations diffèrent des servitudes. — Les auteurs du Code ont fait plus encore : ils ont traité de ces diverses obligations en même temps que des *servitudes*, comme si elles constituaient des droits réels de même nature que les véritables services fonciers, et sur l'autorité de la loi on les a souvent comprises comme telles. C'est un procédé qui ne peut pas être approuvé, car les véritables servitudes n'obligent jamais le propriétaire du fonds asservi qu'à une *pure abstention* ; il doit laisser son voisin user de son bien et en retirer par lui-même un avantage partiel ; il n'est pas tenu à autre chose (ci-dessous, n° 2929). Or les propriétaires voisins se doivent les uns aux autres des *prestations positives* qui ne peuvent, par suite, faire l'objet que d'*obligations personnelles* et non de *servitudes* proprement dites. Les principales ont trait au *bornage* et à la *clôture* des propriétés (art. 646 et 663 ; — ci-dessous, n°s 2370 à 2390).

Du reste, tout en semblant ignorer par sa classification les obligations personnelles qui dérivent du voisinage, le Code en avoue implicitement l'existence 1° dans les art. 651 et 652, où il parle des « obligations » auxquelles la loi assujettit les propriétaires l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention ; 2° dans l'art. 1370, où la loi, énumérant les engagements formés involontairement, indique en première ligne « ceux entre propriétaires voisins (1) ».

2368. Caractère exceptionnel de ces obligations. — Les obligations qui dérivent du voisinage ont cependant un caractère particulier ; elles sont *semi-réelles*. L'obligation n'existe qu'à raison de la détention de la chose : est seul obligé de procéder au bornage ou à la clôture celui qui est propriétaire de l'immeuble contigu. C'est donc une de ces obligations dont la personne est tenue uniquement *propter rem*, selon le langage de nos anciens auteurs (2), et dont elle peut s'affranchir en abandonnant la chose qui fait naître pour elle cette obligation. Cette faculté d'abandon est ce qu'on appelait jadis le *déguerpissement*. Nos anciens auteurs, qui s'occupaient beaucoup du déguerpissement (3), le définissaient « l'acte par lequel le propriétaire d'un héritage sujet à une charge réelle faisait en justice l'abandon de son droit de propriété pour se libérer de cette charge » (comp. POTHIER, édit. Bugnet, t. I, p. 617). Le déguerpissement a perdu beaucoup de son utilité depuis que les charges réelles qui grevaient les héritages ont été en grande partie supprimées par la Révolution. On le retrouve cependant encore sous le nom de *délaissement* au profit des tiers acquéreurs d'immeubles hypothéqués poursuivis par les créanciers hypothécaires (art. 2172 et suiv.). Nul doute qu'il n'existe aussi pour cette autre espèce de charges réelles conservées dans le droit nouveau, qui s'appellent les servitudes. La loi en fait des applications particulières dans deux cas spéciaux (art. 656 et 699), mais la règle est générale. On doit considérer cette faculté comme maintenue dans tous les cas où elle est utile.

2369. Conséquence. — L'action à fin de bornage ou de clôture a ainsi, dans une certaine mesure, le caractère d'une action réelle, ce qui sert à déterminer la *compétence* du juge d'après la *situation des lieux* (C. proc. civ., art. 59, al. 2, arg. d'analogie). Certains auteurs considèrent même l'action en bornage comme une *action pétitoire*, purement réelle, et de même nature que la revendication (DALLOZ, *Répert.*, v^is^ Action possessoire, n° 719, et Bornage, n° 10).

(1) Comparez H. CAPITANT, *Des obligations de voisinage* (*Revue critique*, 1900, spécialement p. 174-187). Ces obligations ne pouvant être rattachées à l'idée de faute lui semblent dériver d'un quasi-contrat. — Voyez aussi IHERING, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins* (*Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, t. II).

(2) Bien que cette expression ne figure pas dans nos lois et que ce genre d'obligations n'y soit même pas prévu à part, il en est cependant fait mention une fois, dans l'art. 2167 où la loi parle du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui n'est pas personnellement tenu envers les créanciers et qui se trouve néanmoins « *obligé comme détenteur* » à toutes les dettes hypothécaires. C'est un cas d'obligation *propter rem*.

(3) Voyez notamment le *Traité du déguerpissement*, de LOYSEAU.

A. — Bornage.

2370. Définition. — Le bornage est une opération qui consiste à *fixer la ligne séparative de deux terrains non bâtis, et à la marquer par des signes matériels.* Le bornage est une opération *contradictoire*, qui suppose le concours des propriétaires des deux terrains contigus. En lui-même le bornage est une opération très simple, mais parfois il se complique d'une question de propriété, chacun des deux voisins prétendant s'attribuer une part de terrain que l'autre lui dénie ; alors l'affaire prend une tournure plus grave parce qu'elle contient au fond une revendication immobilière. Cette distinction joue un rôle capital dans les questions de capacité et de compétence.

2371. Insuffisance des textes. — Le Code ne s'est occupé du bornage que dans un seul article tout à fait insuffisant : il y est dit que chacun des deux voisins peut y contraindre l'autre, et que le bornage se fait à frais communs (art. 646).

2372. Quand peut-on demander le bornage. — Le droit de demander le bornage est pour chaque propriétaire une *pure faculté* ; partant ce droit est *imprescriptible* (art. 2232). L'existence d'une haie, d'un fossé ou de toute autre clôture, n'empêcherait pas la demande en bornage, à moins que cette clôture n'ait été établie contradictoirement et en vertu d'un premier procès-verbal d'abornement. En ce cas, ce qui fait obstacle à un nouveau bornage, c'est moins l'existence matérielle d'une clôture que l'existence juridique d'un premier règlement des bornes. — D'autre part, le bornage est inapplicable aux fonds bordés par un cours d'eau, qui forme une limite naturelle invariable (Cass., 11 déc. 1901, D. 1902. 1. 351, S. 1903. 1. 461).

2373. Qui a qualité pour procéder au bornage. — Le propriétaire seul a qualité pour figurer dans les opérations du bornage. Si le droit de propriété se trouve décomposé en nue propriété et en usufruit, l'usufruitier a le droit de demander le bornage, mais le voisin doit avoir soin de faire mettre en cause le nu propriétaire.

Les fermiers, locataires et métayers n'ont pas qualité pour procéder par eux-mêmes au bornage, ni même pour y prendre part, à côté du propriétaire, parce qu'ils n'ont pas de droit réel sur le fonds.

2374. Questions de pouvoirs et de capacité. — Lorsque le bornage ne se complique d'aucune question de propriété, c'est un *acte d'administration conservatoire*, qui doit être permis à ceux qui ont la libre administration de leurs biens ou qui sont chargés de l'administration générale du patrimoine d'autrui. Par suite, un *tuteur* pourrait procéder au bornage sans autorisation du conseil de famille. Un mari pourrait le faire relativement à un immeuble de sa femme, lorsqu'il en a l'administration. Il en est de même des personnes frappées d'une demi-incapacité, comme les *femmes séparées de biens* et les *prodigues* ou *faibles d'esprit* pourvus d'un conseil judiciaire. Toutefois ces incapables, étant non recevables à plaider sans l'assistance de leurs maris et de leurs conseils, ne seraient pas admis à exercer seuls l'action en bornage ni à y défendre, lorsque le bornage devrait être fait en justice faute d'entente amiable entre les parties. Quant au *mineur émancipé*, comme la loi l'autorise seulement à faire les actes « qui ne sont que de pure administration », il agira prudemment en se faisant assister par son curateur, d'autant plus que l'action en bornage a le caractère d'une action immobilière.

Que s'il y a *contestation sur la propriété*, le bornage, tant amiable que judiciaire, ne peut être fait que par ceux qui ont *pleine capacité* ou *plein pouvoir*. Par exemple, le tuteur d'un mineur ou d'un interdit devra remplir les formalités exigées pour l'aliénation des immeubles, c'est-à-dire se faire autoriser par le conseil de famille et obtenir l'homologation de justice, même pour un bornage amiable.

2375. Opérations du bornage. — Ces opérations consistent : 1° dans *l'examen des titres de propriété*, afin d'y rechercher la contenance appartenant à chacun ; 2° dans l'*arpentage des terrains*, afin de vérifier sur place la contenance réelle de chaque lot ; 3° dans le *tracé de la ligne séparative*, que l'on marque sur le terrain, soit par un fossé, soit par une palissade, soit simplement à l'aide de bornes ; 4° dans la rédaction d'un *procès-verbal*.

Les bornes doivent être placées à tous les angles de la ligne séparative de façon qu'une ligne droite menée d'une borne à une autre coïncide toujours avec la limite. Les bornes sont des pierres grossièrement taillées, parfois tout à fait brutes ; afin de montrer que ce sont des bornes et qu'elles ne se trouvent pas là par hasard, on les entoure d'objets indestructibles, tels que coquillages, verres brisés, etc. Jadis on enterrait de chaque côté de la borne les deux fragments d'une même tuile, qu'on appelait *garants* ou *témoins* (Gui Coquille, *Coustumes du Nivernois*, chap. viii, art. 5).

Les opérations du bornage doivent être faites une fois pour toutes. Il y aura donc lieu d'en dresser un procès-verbal, dit *procès-verbal d'abornement*, constatant aussi exactement que possible la direction de la limite adoptée, afin qu'on puisse s'y reporter et rétablir les bornes, si elles venaient à être déplacées ou détruites.

2376. Bornage avec les arrière-voisins. — Il se peut que la contenance attribuée à chacun par les titres ne se retrouve pas sur le terrain. En pareil cas il y a quelquefois lieu d'étendre les opérations de l'arpentage et du bornage aux *arrière-voisins*. Ceci se présente lorsque plusieurs parcelles proviennent, par des partages successifs, d'un même *finage* ou d'une même *tenue* : ce qui se trouve en moins dans un lot se retrouvera probablement en trop dans un autre.

2377. Bornage avec échange de parcelles. — Quelquefois la ligne séparative suit des sinuosités inutiles ou gênantes. On peut alors la rectifier, mais cette rectification entraîne un *échange de parcelles* entre les deux voisins. Chacun d'eux doit abandonner à l'autre tout ce qui se trouve au delà de la ligne nouvelle à établir. Par suite, s'il y a des *incapables* intéressés dans l'affaire, leurs représentants devront remplir les formalités nécessaires pour les aliénations d'immeubles. De même il y aura lieu à la perception d'un *droit de mutation*. — Pour le cas où cette rectification de limites a lieu dans un bornage en justice, voyez ci-dessous, n° 2381.

2378. Formes du bornage. — La loi ne les a pas réglées. Si toutes les parties sont d'accord, le bornage peut se faire *à l'amiable*. Ordinairement elles ont recours pour les opérations qu'il nécessite à un ou plusieurs *experts* de leur choix. Afin d'assurer la conservation du *procès-verbal d'abornement*, il est bon de le déposer chez un notaire qui le garde au nombre de ses minutes.

Il arrive fréquemment que l'un des voisins refuse de procéder au bornage quand l'autre le lui demande, soit qu'il désire se soustraire aux frais de l'opération, soit qu'il redoute une vérification qui fera peut-être apparaître une usurpation commise par lui. Pour vaincre sa résistance, la loi permet à l'autre de le citer en justice : « tout propriétaire peut *obliger* son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës » (art. 646). La nécessité de concourir au bornage est donc une véritable obligation que le voisinage crée entre propriétaires fonciers (ci-dessus, n°s 2366-2367). Elle est sanctionnée par *l'action en bornage*, dont ni le Code civil, ni le Code de procédure ne se sont occupés.

2379. Compétence. — La loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix donne compétence aux *juges de paix* pour les actions en bornage, mais seulement « lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés » (art. 7-3°). Au cas contraire la connaissance de l'action appartient aux *tribunaux civils d'arrondissement* (Cass., 26 mai 1908, D. 1908. 1. 304). Le tribunal civil ne doit pas se borner à statuer sur la question de propriété ; il doit en même temps procéder lui-même au bornage (Cass., 18 juin 1884, D. 85. 1. 213, S. 87. 1. 479).

Quant au tribunal ou au juge de paix devant lequel l'action doit être portée, c'est celui dans le ressort duquel les fonds à délimiter se trouvent situés. Cette solution découle par analogie de l'art. 3 C. proc. civ., qui fixe ainsi la compétence pour les actions possessoires nées d'un déplacement de bornes.

2380. Procédure. — Aucune procédure spéciale n'a été organisée pour le bornage. Les tribunaux sont donc libres de suivre la marche qui leur paraît la meilleure. Ordinairement ils désignent des experts pour dresser un projet d'abornement, et se bornent à homologuer le procès-verbal préparé par eux. Le jugement est susceptible de recours conformément au droit commun.

2381. Impossibilité d'adjuger d'office les parcelles échangées. — Lorsqu'il y a lieu à une rectification de limites, le juge de paix ou le tribunal ne peut y procéder qu'autant que les parties y consentent, car il s'agit d'un déplacement de propriété, et nos tribunaux n'ont pas qualité pour l'opérer. Leurs décisions sont *déclaratives* et non *attributives* de droits. Nous n'avons donc rien dans notre jurisprudence moderne qui rappelle l'ancienne *adjudication* romaine, par laquelle le juge, dans l'action *finium regundorum*, pouvait déplacer la propriété afin de rectifier les limites.

2382. Frais du bornage. — L'art. 646 dit que le bornage se fait à frais communs. Ceci doit s'entendre des frais du bornage proprement dit, c'est-à-dire du tracé de la limite et de l'apposition des bornes. Il semble équitable de répartir les frais d'arpentage entre les deux parties en proportion de la surface respective de leurs terrains. En tout cas, les frais des incidents qui ont pu surgir, s'il y a eu des contestations sur la propriété, seront à la charge de la partie perdante (art. 130 C. proc. civ.).

2383. Loi du 14 mars 1898. — Cette loi, qui a eu pour but principal d'aider à la réfection du cadastre en subventionnant les communes qui voudraient le refaire pour leur territoire, contient des dispositions qui touchent au droit civil et intéressent directement les propriétaires fonciers : elle donne une force probante particulière au cadastre, dans les communes où il aura été refait. Après les délais et formalités indiqués par elle, le *plan cadastral revisé* devient le *titre authentique et définitif des propriétaires* pour établir, non pas leur qualité de propriétaires, mais *la configuration et la contenance de leurs propriétés*. La confection de ce plan constitue la « délimitation » de la propriété. Une fois qu'elle est faite, c'est elle qui sert de base aux opérations de *bornage* qui pourraient devenir nécessaires dans l'avenir ; il n'y a plus qu'à reporter sur le terrain les limites que donne l'arpentage officiel.

Cette loi réserve en outre les droits du propriétaire véritable, au cas où il n'aurait pas été appelé aux opérations d'arpentage et de confection du nouveau cadastre, qui ne lui sont pas opposables comme étant pour lui « res inter alios acta ». Toutefois sa réclamation ne peut avoir d'effet que pour ses voisins immédiats : on n'a pas voulu qu'il en résultât une modification du cadastre pour un grand nombre de propriétés (art. 7).

2384. Abornements généraux et remembrements. — Le morcellement des propriétés rurales, qui se composent fréquemment de pièces de terre éparses et nombreuses, apporte à l'agriculture une gêne regrettable, faute de chemins donnant un accès suffisant aux petites parcelles et aussi à cause du temps perdu en charrois. Bien des fois on a proposé des *remembrements* destinés à améliorer cet état de choses, et on a pu y procéder sur plusieurs points. Voyez sur ce sujet Beaudesson, *Notice sur le renouvellement du cadastre et les abornements généraux dans le département de Meurthe-et-Moselle*, Impr. nation., 1891. — Bretagne, *Nouvelle étude sur le cadastre et les abornements généraux*, Nancy, 1870. — Edm. Aubin, *Des abornements généraux et des remembrements*, thèse, Paris, 1902.

B. — Clôture des propriétés.

1° Propriétés rurales.

2385. Anciennes entraves. — Le droit de se clore, qui nous semble si naturel, se trouvait autrefois entravé de deux manières : d'abord par le *droit de chasse*, ensuite par le droit de *vaine pâture*.

Droit de chasse. — Le droit de chasse était un *droit seigneurial*, qui permettait aux seigneurs de *pénétrer dans les héritages clos*, même dans les parcs et jardins et d'y chasser, « à la charge d'en user modérément et sans aucun dégât » (Hervé, *Matières féodales et censuelles*, t. VII, p. 231). Il était même défendu d'établir des clôtures en dehors des bourgs, villages et hameaux, dans toute l'étendue des *capitaineries* ou *plaisirs*, terres réservées « pour le plaisir de la chasse de Sa Majesté » autour des résidences royales (*ibid.*, p. 226).

Droit de vaine pature. — La vaine pâture, qui sera étudiée à part, consiste dans *le droit de faire paître les bestiaux indistinctement sur toutes les terres non closes, après l'enlè-*

vement des récoltes. C'est donc un *usage rural*; mais de cet antique usage dérivait jadis, du moins dans certaines régions, une véritable servitude pour les terres qui s'y trouvaient soumises. Les propriétaires n'avaient pas le droit d'enclore leurs pièces, parce que l'existence d'une clôture aurait empêché le libre pâturage des bestiaux. Cette servitude fort gênante fut *supprimée par le Code rural de l'Assemblée constituante*; « Le droit de se clore ne peut être contesté à aucun propriétaire » (L. 28 sept.-6 oct. 1791). Ainsi, depuis 1791, le droit de vaine pâture ne fait plus obstacle à la faculté naturelle qui appartient aux propriétaires de clore leurs héritages. La même faculté a été maintenue par l'art. 647 C. civ. et sanctionnée à nouveau par l'art. 6 de la loi du 9 juillet 1889, qui ajoute que « tout terrain clos est affranchi de la vaine pâture » et qui détermine en outre les genres de clôture qui doivent être considérés comme suffisants pour faire obstacle à l'introduction des animaux.

2386. Liberté actuelle de se clore. — Le droit de clore son terrain, beaucoup plus grand qu'autrefois, n'est cependant pas absolu ; la loi fait encore exception pour les terres sur lesquelles existe un droit de vaine pâture établi *par titre* (L. 9 juillet 1889, art. 12). Le propriétaire du terrain grevé de cette servitude n'a pas *de plein droit* la liberté de se clore, mais il peut la conquérir *à titre onéreux.* La loi lui réserve en effet la faculté d'affranchir son terrain, soit moyennant une indemnité fixée à dire d'experts, soit par la voie du *cantonnement.* Le cantonnement est une opération qui consiste à libérer une terre grevée d'un droit d'usage au profit de tierces personnes, moyennant le sacrifice d'une portion de cette terre que le propriétaire abandonne aux usagers en pleine propriété pour affranchir le reste (art. 63 C. for.).

2387. Fonds traversés par une petite rivière. — On s'est demandé si le propriétaire avait le droit d'interdire la circulation en bateau dans la traverse de son fonds et ensuite s'il avait le droit de barrer le cours de la rivière pour se clore. Voyez à cet égard Rougier, *La navigation sur les cours d'eau non navigables*, *Revue critique*, 1903, p. 21 et 98. Voyez aussi Amiot, *Revue trimestrielle de droit civil*, t. I. La jurisprudence admet le passage des tiers en bateau, bien que toute circulation à pied ou en voiture, qui emprunte le lit même de la rivière, soit désormais interdite au public (ci-dessus, n° 2189), parce que la circulation d'un bateau est une variété du flottage et que le flottage est un mode d'usage de l'eau qui est *res communis* (Paris, 26 juill. 1901, D. 1902. 2. 201, et la note de M. Claro, S. 1902. 2. 1, et la note de M. Saleilles. — *Contrà*, Trib. civ. d'Auch, 4 juin 1901, S. 1902. 2. 22).

2° Fonds urbains.

2388. Caractère obligatoire de la clôture. — Les propriétés situées dans les villes et leurs faubourgs sont soumises pour leur clôture à des règles fort différentes. On peut dire que pour leurs propriétaires la clôture cesse d'être une *faculté* et qu'elle devient un *devoir.* En effet, dans les agglomérations d'habitants, chacun a grand intérêt à ce que son héritage soit clos ; l'intérêt public est aussi engagé, car les rôdeurs et gens sans aveu trouvent un abri commode dans les terrains vagues ou mal clos. Aussi la loi a-t-elle établi une règle exceptionnelle pour faciliter la construction et l'entretien des murs de clôture : chaque propriétaire peut contraindre ses voisins à contribuer aux constructions ou réparations de ces murs (art. 663). C'est ce qu'on appelle la *clôture forcée.*

2389. Genre de clôture. — La loi détermine les conditions dans lesquelles doit se faire la clôture. Il s'agit d'un *mur* de séparation (art. 663) ; une haie ou une palissade ne suffirait donc pas. Ce mur doit avoir, y compris le chaperon, 3 m. 20 de hauteur dans les villes de plus de 50 000 habitants, 2 m. 60 dans les autres. Ces hauteurs ne doivent du reste être observées qu'à défaut de règlements ou d'usages locaux.

2390. Lieux où la clôture est obligatoire. — L'art. 663 n'est applicable qu'aux héritages sis dans les « villes et faubourgs ». La loi n'ayant pas dit ce que désignent ces mots, il y a souvent incertitude pour savoir si une agglomération constitue une ville et surtout pour fixer l'endroit où s'arrêtent ses faubourgs. Les tribunaux décident souverainement cette question de fait, sans que leurs décisions soient sujettes à cassation (Cass., 11 août 1886,

D. 87. 1. 36, S. 87. 1. 168). Les deux terrains doivent être affectés à l'habitation ou dépendre d'une habitation (Trib. Seine, 10 févr. 1909, P. et S. 1909. 2. 261).

Si un propriétaire élève le mur à lui seul et à ses frais, il ne peut pas dans la suite obliger son voisin à lui rembourser la moitié de ce qu'a coûté le mur : il ne tenait qu'à lui d'user de la faculté que lui accordait la loi, il est censé y avoir renoncé (Cass. Belgique, 5 nov. 1885, S. 86. 4. 19).

§ 2. — *Exploitation des mines et carrières.*

2390 *bis*. **Bibliographie.** — Aguillon, *Législations des mines françaises et étrangères*, nouv. édition, 1891-1903, 2 vol. in-8°. — Dalloz, *Code des lois administratives*, t. 3, n°s 853 et suiv. — Renseignements bibliographiques abondants dans les *Répertoires* de Dalloz, Carpentier et autres, v° *Mines*. Voir aussi le *Répertoire* de Béquet.

A. — Histoire de la législation.

2391. Principe primitif sur la propriété du sous-sol. — La propriété foncière ne se réduit pas à une simple surface sans épaisseur. L'art. 552, reproduisant une ancienne formule, dit que la propriété du sol emporte « la propriété du *dessus* et du *dessous* ». Laissons de côté ce qui est *dessus* : c'est l'objet de la théorie de l'*accession* que nous retrouverons plus tard. Le propriétaire d'un terrain est propriétaire du dessous, ce qui signifie qu'il peut creuser la terre pour y faire tous les ouvrages qu'il voudra, des souterrains, des puits ; il peut même extraire du sol les substances qui le composent pour les employer à son profit ou les vendre à des tiers.

Théoriquement son droit s'étend indéfiniment en profondeur. Tous les gisements métalliques ou autres situés au-dessous de la parcelle qui lui appartient à la surface de la terre, lui appartiennent également, à quelque profondeur qu'ils se trouvent (1). Tel est le principe traditionnel du droit français (2).

2392. Efforts de l'ancienne royauté pour s'attribuer l'exploitation des mines. — Depuis longtemps on a corrigé ce qu'il y avait d'excessif dans ce système en établissant des règles spéciales sur l'exploitation des mines. Dès le xve siècle, la royauté songea à tirer profit des mines en s'attribuant, à titre de droit régalien, le dixième de leur produit (édit du 30 mai 1413). Plus tard, elle essaya, mais vainement, de transformer l'exploitation des mines en un monopole et de la faire rentrer dans son domaine. Voyez les ordonnances citées dans la *Table* d'Isambert, v° Mines, surtout celles de 1471 et de 1601.

2393. Garanties données aux propriétaires sous la Révolution. — L'Assemblée constituante avait à se prononcer entre deux systèmes : le droit des particuliers et le droit de l'État. Elle ne sut pas choisir nettement. Elle décréta que « les mines sont à la disposition de la Nation » (L. 12-29 juillet 1791, art. 1er), mais elle ajouta que le propriétaire

(1) Ce principe a reçu depuis quelques années une nouvelle application intéressante. Les recherches de M. Martel sur les abîmes et cours d'eau souterrains ont donné à ces cavités une valeur qu'elles n'avaient pas autrefois et créé un nouveau genre de propriété, la *propriété spéléologique*. Voyez sur ce sujet la thèse de M. G. Cord, Paris, 1899. Comp. Cass., 27 déc. 1904, S. 1905. 1. 323.

(2) L'art. 552 n'établit qu'une présomption *juris tantum* (Cass., 8 nov. 1911, D. 1912. 1. 484).

du sol les exploiterait librement jusqu'à cent pieds de profondeur et que, même au delà il pourrait les exploiter avec la permission du gouvernement ; on lui donnait même un droit de préférence sur tous les autres pour obtenir cette permission, quand il la demanderait. Le droit reconnu à la Nation devenait ainsi purement nominal, parce qu'il morcelait la propriété des gisements miniers et rendait impossible leur bonne exploitation. Pour être fructueuse, celle-ci doit se faire en grand et porter sur une vaste étendue. Le Code civil avait encore aggravé la situation en reconnaissant aux propriétaires un droit sans limite.

2394. Régime établi par la loi de 1810. — Une réforme était donc nécessaire. Elle fut opérée par la loi du 21 avril 1810. Napoléon Ier, qui prit une grande part aux discussions, tenait beaucoup à respecter, au moins en apparence, le droit des propriétaires fonciers. Il ne voulait pas toucher aux principes du Code civil, qui leur attribuait en termes formels la propriété du dessous, et il tenait en même temps à mettre réellement les mines à la disposition de l'État. Il fallait donc trouver un moyen d'en enlever l'exploitation aux particuliers, tout en proclamant leur droit à la propriété des mines. Le mot d'*expropriation*, prononcé devant lui par hasard, fut un trait de lumière, et dès lors le système de la loi fut trouvé.

Les restrictions qui furent alors apportées au droit des propriétaires sont, pour la forme seulement, d'accord avec le Code civil. Il est dit, dans l'art. 552, que le propriétaire du sol peut faire au-dessous toutes fouilles qu'il juge à propos, et tirer de ses fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, « sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines ». Ce renvoi visait la législation de la Constituante, toute différente de celle de l'Empire. Si la lettre du Code a été respectée, son esprit a été méconnu, car le résultat réel de la loi de 1810 a été de faire de la mine une *propriété distincte de la surface* et qui *n'est plus à la disposition des propriétaires fonciers.*

B. — Législation actuelle.

2395. Distinction. — Tout le système de notre législation minière repose sur la distinction des *mines* et des *carrières*, auxquelles il faut ajouter les *minières* et les *tourbières* qui suivent quelques règles spéciales.

1° Mines.

2396. Définition. — Les mines comprennent les *gisements métalliques de toute nature*, ainsi que les *dépôts de houille*, de *soufre*, de *bitume* et de quelques autres substances. La loi du 17 juin 1840 y a ajouté le *sel gemme*.

L'énumération des substances soumises au régime des mines n'est pas limitative. Le Conseil d'État admet qu'un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire le Conseil d'État entendu, peut classer une substance nouvelle parmi les gisements concessibles.

2397. Régime des mines. — Les substances classées à part, pour être soumises au régime des mines, sont celles qui ont une importance particulière, à cause de leur rareté relative et du grand besoin que l'homme en a. La société entière est donc intéressée à leur bonne exploitation. Si celle-ci était abandonnée aux propriétaires de la surface, elle serait souvent mal faite, ou même complètement délaissée par pauvreté ou par incurie. Le gou-

vernement s'est donc attribué le droit d'*exproprier* les propriétaires du sol et de conférer le droit d'exploiter la mine à un tiers, par exemple à une compagnie présentant toutes les garanties nécessaires, réunion de capitaux considérables, groupements d'hommes spéciaux capables de diriger les travaux, etc. Quand le gouvernement use de ce droit, il fait ce qu'on appelle la *concession de la mine*. Les propriétaires de la surface sont désintéressés au moyen d'une *redevance annuelle*, réglée par l'acte de concession.

Napoléon Ier tenait beaucoup à cette idée d'expropriation ; il ne voulait pas avoir l'air de dépouiller les propriétaires et d'attribuer à l'État la propriété des mines. C'est pourtant ce qui a été fait ; car si l'État *concède* la mine, il en *dispose*, et les particuliers se la voient enlever sans qu'une opposition soit possible de leur part ; l'ingénieux système de la redevance permet de les indemniser sans qu'il en coûte rien à l'État. En somme les mines sont depuis 1810 des choses non appropriées, que les particuliers peuvent acquérir non par occupation, mais par une concession de l'État.

2° Carrières.

2398. Définition. — Les *carrières* renferment les *ardoises*, *grès*, *granits*, *marbres*, *pierre à chaux* et *à plâtre*, *calcaires à bâtir*, *cailloux* et *sables*. Ces substances qui forment la grande masse de l'écorce terrestre, sont beaucoup plus communes que celles des mines ; elles sont si abondantes que leur bonne exploitation intéresse beaucoup moins le public. De plus leur exploitation est facile : il n'est point besoin d'être la compagnie d'Anzin pour tirer du sable ou de la pierre à bâtir.

***2399. Régime des carrières.** — On n'a point dérogé pour les carrières à la liberté des propriétaires ; on ne les a pas soumises au régime de la concession. Le propriétaire du sol a seul le droit de les exploiter, et il est libre de le faire sans aucune permission. Toutefois la loi les a placées sous la *surveillance* de l'administration, et le propriétaire qui veut ouvrir une carrière est obligé d'en faire la déclaration à la mairie (L. 21 avril 1810, art. 81 et 82, modifiés par la loi du 27 juillet 1880).

L'exploitation des carrières de toute nature est interdite dans l'intérieur de Paris (L. 27 juillet 1880).

2400. Observation. — La distinction des mines et des carrières a une importance capitale pour l'*exercice du droit de propriété*. On voit qu'elle repose sur *la nature des gisements*, et non sur le procédé employé pour leur exploitation ; c'est une erreur de croire, comme on le fait trop souvent, que les carrières s'exploitent à ciel ouvert et les mines au moyen de galeries souterraines : il n'est pas rare de voir des carrières exploitées avec des galeries, et les filons de mines peuvent venir à fleur de terre. Toutefois, pour qu'une compagnie minière puisse exploiter à ciel ouvert, il faut qu'elle ait acquis la propriété de la surface ; à défaut de cette acquisition, elle est obligée de se tenir à une certaine profondeur, afin de respecter la propriété superficielle.

2401. Minières. — Les minières comprennent les *minerais de fer*, dits d'alluvion, et les *substances pyriteuses* ou *alumineuses*. Elles sont soumises en principe au régime des carrières ; cependant elles deviennent parfois concessibles comme les mines (L. 21 avril 1810, art. 69 ; L. 9 mai 1866 ; L. 27 juillet 1880).

2402. Tourbières. — Les *tourbières* ne peuvent être exploitées qu'après une autorisation qui doit être demandée à la sous-préfecture. En outre, la direction générale des travaux (notamment l'établissement des rigoles de desséchement) est déterminée par l'administration (L. 21 avril 1810, art. 83 et 84).

C. — Spécialités sur les mines concédées.

2403. Superposition de deux propriétés. — Les mines forment une *propriété immobilière distincte de la surface*. Il y a donc au même endroit deux propriétés superposées, le sol et la mine, et chacune d'elles peut être vendue, hypothéquée, saisie, etc., séparément de l'autre et conformément aux règles générales de la propriété foncière.

***2404. Indivisibilité de la mine.** — La nécessité d'obtenir une concession du gouvernement s'oppose à ce que la mine soit divisée, dans une vente par lots ou dans un partage, sans autorisation préalable (L. 21 avril 1810, art. 7 et 21). Les mines sont donc des propriétés *indivisibles*.

2405. Travaux à la surface. — Le concessionnaire peut être autorisé par arrêté préfectoral à *occuper temporairement*, dans le périmètre de sa concession, les terrains qui lui sont nécessaires pour ses *travaux à la surface*. Le dommage ainsi causé aux propriétaires de la surface est réparé d'une manière exceptionnelle, par une somme représentant *le double* de ce qu'aurait donné comme *produit net* le terrain occupé. Si l'occupation se prolonge plus d'une année, ou si le terrain, après l'exécution des travaux, n'est plus propre à la culture, le propriétaire peut exiger l'acquisition du sol sur le pied du *double de sa valeur* avant l'occupation (art. 43 de la loi de 1810, modifié en 1880). Ces indemnités au double constituent dans notre droit une anomalie très remarquable et trop peu remarquée. Du reste, l'indemnité est calculée au simple pour certains travaux visés dans l'art. 44 (établissement de canaux ou de chemins de fer modifiant le relief du sol), pour lesquels la loi renvoie aux règles ordinaires de l'expropriation.

2406. Travaux souterrains. — Les dommages que les *travaux souterrains* de la mine peuvent causer aux propriétaires de la surface sont *réparés au simple*, d'après l'art. 1382 C. civ. (Cass., chambres réunies, 23 juill. 1862, D. 62. 1. 257, S. 62. 1. 801). Cet arrêt a fixé la jurisprudence après de nombreux arrêts rendus en sens contraire (Aubry et Rau, § 223, note 33). Le concessionnaire doit du reste prendre toutes les précautions pour garantir la solidité du terrain qui recouvre sa concession ; il peut même être condamné à faire exécuter tous les travaux préservatifs qui seraient nécessaires (Cass., 15 mai 1861), et il est responsable de tous les dommages qu'il cause aux propriétaires de la surface *même sans faute de sa part* (Nancy, 7 déc. 1895, D. 99. 2. 337). L'art. 15 de la loi du 21 avril 1810 est interprété par la jurisprudence comme dérogeant sur ce point à l'art. 1382 (Dalloz, *Suppl.*, v° Mines, n° 449). Comp. Ferron, note sous Cass., 13 mars 1900, S. 1904. 1. 353.

2407. Espace intermédiaire entre la surface et la concession. — Le *propriétaire du sol* conserve la propriété de tout *l'espace intermédiaire* entre la surface et les gisements concédés. Il peut y faire tous les travaux qu'il veut, sondages, puits et fouilles, sous la seule condition de ne pas nuire aux galeries de la mine ; il conserve même la liberté d'exploiter à ciel ouvert les parties de filons qui affleurent sur son terrain. — Il faut donc bien se garder d'appeler le propriétaire de la surface « superficiaire ». Le mot « superficiaire » a dans notre droit un sens très différent et s'applique à des personnes qui ne sont pas propriétaires du sol (ci-dessous, n° 2524).

***2408. Redevance tréfoncière.** — Une redevance annuelle, dite *redevance tréfoncière*, est payée aux propriétaires de la surface, à titre d'indemnité pour l'espèce d'expropriation qu'ils subissent par l'effet de la concession ; elle est fixée par le décret de concession (L. 21 avril 1810, art. 6) et forme un *accessoire immobilier de chaque fonds* (comp. ci-dessus, n°s 2236 et 2256). Elle offre des caractères remarquables : elle est inséparable du fonds, si ce n'est par la volonté du propriétaire ; elle est comprise dans l'hypothèque du sol ; elle est saisie et vendue avec lui. De plus, elle est perpétuelle, bien qu'il ne soit plus permis, dans le droit moderne, de créer des rentes perpétuelles. C'est donc un véritable exemple de *rente foncière* (ci-dessus, n°s 2251 et 2254-3°) le seul qui survive ; mais il est de création moderne, et le droit ancien ne l'a pas connu. Voyez P. et S. 1909. 1. 89, note J. H. Dans la pratique ce droit tend à devenir insignifiant ; on voit des redevances de 0 fr. 10 par hectare ! Il a été jugé qu'elles ne constituent pas un droit réel sujet à transcription (Cass., 5 juill. 1910, P. et S. 1913. 1. 513).

§ 3. — *Usage des eaux.*

2409. Bibliographie. — Picard, *Traité des eaux*, 2e édition, 1896, 5 vol. — Plocque, *Législation des eaux*, 1870-1879, 4 vol. in-8°. — Boulé et Lescuyer, *Code des cours d'eau ni navigables ni flottables*, 2e édit., 1900.

Il n'y a plus guère qu'un intérêt rétrospectif à consulter aujourd'hui les ouvrages plus anciens de Daviel (3e édit., 1845) et de Garnier (3e édit., 1851). Spécialement pour les usines et établissements hydrauliques, voyez Nadaud de Buffon, *Des usines et autres établissements sur les cours d'eau*, nouv. édit., 1874.

2410. État de la législation. — Le régime des eaux faisait l'objet d'un grand nombre de dispositions éparses dans le Code civil et dans beaucoup de lois, de décrets et de décisions judiciaires. Un projet de loi, préparé en 1880, les réunissait toutes en un seul corps de 186 articles. Ce projet, qui n'était autre qu'un fragment du projet de *Code rural* (ci-dessus, nº 2364), mais élargi et notablement modifié, est devenu la loi des 8-10 avril 1898, qui contient seulement 53 articles. Cette loi règle à la fois la propriété et l'usage des eaux, les droits et les obligations des particuliers et de l'État, l'écoulement des eaux, leur aménagement, leur endiguement, leur purification. Cet ensemble de règles appartient pour la plus grande partie au droit administratif. Nous devons nous occuper seulement de celles qui rentrent dans le *droit civil*; ce sont celles qui répondent à cette question : « Quels sont les droits des propriétaires fonciers sur les eaux de toute nature qui coulent ou séjournent sur leurs terrains, ou en bordure de ces terrains? » Étudiées à ce point de vue, les eaux peuvent se diviser en *trois groupes* : il en est qui appartiennent au propriétaire du sol; il en est dont il a simplement l'usage ; il en est enfin sur lesquelles il n'a aucun droit. — En Algérie, toutes les eaux, même celles des sources, appartiennent au domaine public (L. 16 juin 1851, art. 2. — Alger. 18 janv. 1906, D. 1909. 2. 49). La loi du 8 avril 1898 n'y a pas été promulguée.

A. — Eaux appartenant aux propriétaires du sol.

1º Eaux pluviales.

***2411. Leur caractère juridique.** — L'eau pluviale est une *chose sans maître*. Le propriétaire du fonds sur lequel elle tombe peut s'en emparer ; il en devient propriétaire par voie d'*occupation*, et non par droit d'*accession*, comme le dit Laurent (t. VII, nos 223 et suiv.) ; l'eau pluviale qui couvre le sol ne lui est pas incorporée, ce qui serait nécessaire pour qu'il y eût accession. Le propriétaire du terrain, s'il veut en devenir le maître, doit donc la recueillir ; il peut alors l'absorber ou la céder à un tiers, ou l'abandonner à son cours naturel. En s'écoulant sur la pente du terrain, les eaux pluviales conservent leur caractère, tant qu'elles ne sont pas réunies de façon à former un ruisseau. Par suite, le propriétaire du fonds inférieur peut les acquérir par occupation au moment où elles arrivent sur son fonds ; les riverains d'une voie publique peuvent s'emparer de même de celles qui y coulent.

Le Code Napoléon ne s'était pas occupé des eaux pluviales. L'art. 641 nouveau, al. 1 et 2, affirme le droit pour le propriétaire du fonds d'user et disposer des eaux pluviales qui y tombent, à la condition que l'usage qu'il en fait ou la direction qu'il leur donne n'aggravent pas la situation des fonds inférieurs sur lesquels ces eaux coulent.

2º Eaux de source.

***2412. Attribution de la propriété des eaux.** — La source appartient *au propriétaire du fonds sur lequel elle jaillit*. Le texte porte que « celui qui a une source dans son fonds peut user des eaux à sa volonté » (art. 642 nouveau, al. 1). L'ancien art. 641 disait déjà la même chose, et la Cour de cassation a toujours interprété ce texte comme accordant aux propriétaires fonciers l'entière disposition des eaux de source. Par conséquent le propriétaire du terrain peut absorber entièrement l'eau de source, ou la recueillir pour la vendre, ou la laisser suivre son cours naturel, ou en supprimer l'écoulement en aveuglant la source.

2413. Restrictions diverses au droit des propriétaires des sources. — Le droit qui appartient au propriétaire de la source n'est cependant pas absolu ; il a pour limite, comme tout droit de propriété, le respect dû aux droits d'autrui et l'intérêt public. Ainsi il lui est interdit de *corrompre l'eau* de façon à ne laisser couler sur les autres fonds qu'une eau nuisible. Cette première restriction fait parfois naître des difficultés entre voi-

sins, quand le propriétaire de la source veut l'employer à des *usages industriels* (Rouen, 18 mars 1839, D. 45. 2. 169, S. 45. 2. 339 ; Rouen, 8 juin 1841, S. 45. 2. 338). Ainsi encore il ne lui serait pas permis de l'accumuler par une *retenue d'eau* ou dans des *réservoirs* qui pourraient être une cause d'inondation et qui menaceraient la sécurité de ses voisins. Enfin les propriétaires d'*eaux minérales* sont soumis à certaines obligations (L. 14 juillet 1856). — De grosses difficultés se sont présentées en droit administratif pour l'adduction des eaux de sources dans les villes ; depuis 1893, le Conseil d'État reconnaît aux particuliers privés de ces eaux le droit d'obtenir une indemnité (Cons. d'État, 5 mai 1893, D. 94. 3. 49) (1).

***2414. Modification considérable du système du Code.** — La loi du 8 avril 1898 a apporté au système primitif du Code une large restriction qui en a modifié complètement l'effet. Les eaux de la source ne sont plus considérées comme la propriété du propriétaire du terrain sur lequel elles jaillissent que *pour les sources de peu d'importance* ; toutes les fois que la source est assez abondante pour que ses eaux forment, « dès leur sortie du fonds où elles surgissent, un cours d'eau *offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs* ». Le texte du nouvel art. 643 est formel sur ce point, c'est-à-dire que, toutes les fois que la source est forte, le propriétaire du fonds originaire est réduit lui-même à la condition d'usager. Le système ancien du Code sur les eaux de source se trouve par là abandonné en grande partie (2). Comp. ci-dessous, n° 2916.

En outre la loi du 8 avril 1898 (art. 642 nouveau) ne permet au propriétaire du terrain, même quand il a la propriété de la source, de se servir de ses eaux que « *dans les limites* et pour les besoins de son héritage ». Le texte primitif (art. 641 ancien) ne contenait aucune restriction de ce genre. Comp. ci-dessus, n° 2417. — Les auteurs de la loi ont prétendu tirer leur solution d'un arrêt de la Cour de cassation (3 févr. 1875, D. 81. 1. 152) ; mais la Cour avait simplement décidé que les eaux de source perdent leur caractère *quand elles tombent dans un cours d'eau commun à divers propriétaires.* Voyez la discussion dans D. 98. 4. 139-140. Comp. Cass., 10 nov. 1908, P. et S. 1911. 1. 11.

3° Eaux des étangs.

2415. Distinction à observer. — Quant aux eaux des étangs, la question de propriété se résout par une distinction : si l'étang est alimenté par une *source* ou par les *eaux pluviales*, l'eau appartient au propriétaire de l'étang ; mais si l'étang a été formé par le *barrage d'un cours d'eau*, l'eau conserve sa nature et reste chose commune. L'art. 558 ne peut pas servir à trancher la question parce qu'il s'occupe seulement du *lit* de l'étang. Voyez cependant Cass., 19 avril 1865, D. 65. 1. 168.

B. — Eaux dont les propriétaires ont seulement l'usage.

***2416. Définition des petites rivières.** — Les eaux sur lesquelles les propriétaires fonciers ont seulement un droit d'usage sont les *eaux courantes* contenues dans les *petites rivières.*

(1) Sur la pratique suivie antérieurement par l'Administration et sur cette évolution de la jurisprudence, voyez DALLOZ, *Lois politiques et administratives*, t. III, v° Travaux publics, n°s 9682 à 9694.

(2) La loi du 8 avril 1898, en réduisant les droits des propriétaires des sources, a apporté un remède à une conséquence fâcheuse de la législation antérieure. Ni l'administration ni les tribunaux ne pouvaient réglementer la façon dont le propriétaire d'une source entendait user de son droit. La réglementation de l'usage des eaux n'est permise par le Code civil que pour les eaux « courantes » (art. 644 et 645). L'administration et la justice n'avaient donc aucune action sur les sources, et cela se concevait ; les *cours d'eau* sont soumis à des droits divers, et qui appellent une réglementation, tandis que pour les *sources*, il n'y a rien à réglementer, parce qu'il n'y avait pas de conflits possibles : une seule personne avait un droit sur la source et son droit était un droit de propriété. L'intervention du législateur a changé tout cela ; la loi actuelle reconnaît qu'une source peut avoir, dès son lieu d'origine, le caractère d'un cours d'eau soumis à l'usage public : du même coup le *droit de propriété disparaît* pour le particulier chez lequel sort la source, et *le droit de réglementation est attribué à l'autorité administrative.*

Les petites rivières sont celles qui ne sont ni *navigables*, ni *flottables*, ou qui sont seulement flottables à bûches perdues (L. 8 avril 1898, art. 30). Comp. ci-dessous, n° 3070.

L'eau courante fait partie des *choses communes*, qui n'appartiennent à personne, mais qui diffèrent des choses sans maître, en ce que nul n'en peut devenir propriétaire exclusif (si ce n'est d'une petite portion détachée), parce que leur usage est commun à tous. « Des lois de police règlent la manière d'en jouir », dit l'art. 714, qui trouve ici sa principale application. Voyez ci-dessus, n°s 2186 et suiv.

L'usage de ces eaux peut être soit *agricole* ou *domestique*, soit *industriel*.

1° Usages domestiques et agricoles.

***2417. Droits des riverains.** — Irrigation. — Outre les usages domestiques, que personne n'a jamais contestés, et qui sont tolérés même sur les cours d'eau du domaine public, les riverains ont le droit de faire des prélèvements d'eau plus considérables, comme ceux qui sont nécessaires pour l'*irrigation* ; le texte de l'art. 644 le dit formellement.

Emploi de l'eau sur les fonds non riverains. — Ils peuvent même *conduire l'eau* qu'ils prennent à la rivière sur des fonds leur appartenant et *non riverains*. Leur droit à cet égard a été quelque temps contesté ; il ne peut plus l'être depuis la loi du 29 avril 1845, sur les irrigations, qui leur a donné le moyen de faire passer ces eaux sur les terrains intermédiaires en créant à leur profit une *servitude d'aqueduc*.

Changement de lit. — Quand une petite rivière abandonne son lit pour s'en creuser un nouveau, les propriétaires riverains de l'ancien lit peuvent, dans l'année qui suit le changement, prendre les mesures nécessaires pour *rétablir l'ancien cours des eaux* (L. 8 avril 1898, art. 5, al. 2).

Actions possessoires. — La jurisprudence décide d'une façon constante que le droit d'usage reconnu par le droit civil aux riverains d'un cours d'eau non compris dans le domaine public doit faire l'objet d'une action possessoire (Cass., 3 fév. 1875, D. 78. 1. 126 ; Cass., 28 déc. 1880, D. 81. 1. 152).

2418. Limites du droit des riverains. — La loi ne va pas cependant jusqu'à accorder aux riverains le droit de *disposer* de l'eau de la rivière. Aucun d'eux ne peut l'*absorber entièrement*, ni même en prendre une quantité assez considérable pour nuire aux autres riverains. Par conséquent toutes les fois qu'un propriétaire puise de l'eau en grande quantité à la rivière, comme pour l'irrigation de ses propriétés, il doit la rendre à son cours naturel après s'en être servi. Il ne lui est pas permis davantage d'altérer l'eau, de la charger de substances délétères, capables de la rendre impropre à d'autres usages ; en d'autres termes, les riverains ont seulement, comme le dit l'art. 644, le droit de se servir de l'eau *à son passage*.

De plus, lorsque le propriétaire riverain d'un cours d'eau non navigable et non flottable veut exécuter des travaux au-dessus de ce cours d'eau (par exemple des ponts ou passerelles) ou le joignant (par exemple des clôtures), il ne peut le faire qu'à la condition de ne pas préjudicier à l'écoulement et de ne causer aucun dommage aux propriétés voisines (L. 8 avril 1898, art. 10).

Sur la circulation en bateau, voyez ci-dessus, n° 2387.

2419. Différence entre les fonds bordés et les fonds traversés par la rivière. — L'étendue des droits des propriétaires sur les eaux des petites rivières varie, à certains égards, suivant que leurs héritages sont *traversés* par le cours d'eau ou seulement *bordés* par lui.

Au premier cas, le propriétaire est le maître du cours d'eau dans toute la traversée de sa propriété. Il peut donc en changer le lit, soit pour lui faire *décrire des sinuosités* plus grandes, soit pour *rectifier* son cours en supprimant celles qui existent. En agissant ainsi il ne porte préjudice à personne. La loi ne lui demande qu'une chose : c'est de rendre l'eau à son cours ordinaire à la sortie de son fonds. — Au contraire, le propriétaire, dont le fonds est simplement bordé par le cours d'eau, est tenu de respecter la jouissance du voisin qui lui fait face. Il ne peut donc pas détourner la rivière ; il peut seulement *s'en servir à son passage*, sans en modifier le cours.

2° Utilisation industrielle.

***2420. Interprétation extensive du texte.** — Bien que la loi ne mentionne expressément que l'irrigation comme mode d'emploi de l'eau, il n'est jamais entré dans l'esprit du législateur de limiter le nombre des usages permis aux riverains, c'est comme si on avait écrit qu'ils peuvent se servir de l'eau *même* pour irriguer leurs terres. Du reste l'interprétation extensive du texte de l'art. 644 n'est plus douteuse : la jurisprudence antérieure à 1898 admettait d'une façon constante l'utilisation industrielle, et la loi nouvelle, qui n'a pas modifié la formule du texte, n'a pu en changer le sens (Cass., 4 mai 1887, D. 87. 1. 199 ; Cass., 17 janv. 1888, D. 88. 1. 75 ; Cass., 6 juill. 1897, D. 97. 1. 536 ; PICARD, *Traité des eaux*, t. I, p. 347). Comp. les observations échangées au Sénat sur le maintien de l'art. 644 (D. 98. 4. 141). Bien mieux : elle l'a expressément consacré en disant, dans son art. 9, que les décrets rendus pour régler le régime général des cours d'eau non domaniaux doivent tenir compte des « intérêts de l'agriculture *et de l'industrie* ». Cependant le droit des riverains à l'utilisation industrielle de l'eau a été nié par MM. Massigli et Saleilles (*Société d'études législatives*, Bulletin, 1re année, n° 5).

***2421. La question de la houille blanche.** — Ainsi est née une question qui a été discutée avec passion, celle de la *houille blanche* (1). Depuis qu'on a trouvé le moyen d'utiliser industriellement, à l'aide de turbines actionnant des dynamos, les grandes chutes d'eau qui descendent des montagnes, les usines se sont multipliées dans les régions montagneuses pour employer cette force motrice qui semble tomber du ciel, et qui, malgré l'irrégularité de son débit, constitue une richesse naturelle aussi importante que la houille noire des profondeurs (2). Mais leur développement s'est heurté à des mauvais vouloirs et à des calculs intéressés. Afin de faciliter la constitution d'usines nouvelles et l'utilisation des forces hydrauliques, les industriels, et principalement ceux des régions de Saint-Étienne et de Grenoble, ont sollicité une loi nouvelle qui leur permît de vaincre ces résistances. Le gouvernement et le monde politique inclinaient vers un système de *concession* des chutes par l'État (projet Baudin, 6 juillet 1900) selon le régime des *concessions de travaux publics*, à peu près comme cela a été fait pour la construction des chemins de fer. Un projet sensiblement différent a été élaboré par une commission parlementaire, qui, sur le rapport de M. Guillain, propose un régime de *concession analogue à celui des mines* qui ferait des usines hydrauliques la propriété *perpétuelle* du concessionnaire. Le système de la concession par l'État a été vivement combattu (*Bulletin* de la Société d'études législatives, t. II, p. 342). En présence de toutes ces difficultés et de l'avenir un peu inquiétant qu'on leur offre en cherchant à assurer la nationalisation des chutes d'eau, les industriels paraissent regretter leur initiative, et souhaiter qu'on ne fasse rien pour eux et qu'on les laisse s'organiser comme ils le pourront, en acquérant la propriété des chutes, et en restant les maîtres dans leurs usines.

Bibliographie. — *Société d'études législatives*, *Bulletin*, 1re année, nos 3 et suiv. — Voyez aussi les thèses de doctorat de MM. JALOUSTRE, *la Houille blanche et son régime légal*, Paris, octobre 1902 ; GEORGES CRITESCO, *Du droit des riverains à l'utilisation de la force motrice des cours d'eau non navigables, ni flottables*, Paris, décembre 1902, et HENRI MARTIN, *Le droit du riverain à la force motrice*, Paris, 1903, qui donnent des bibliographies assez complètes. — CAPITANT, note sous Grenoble, 7 août 1901, D. 1902. 1. 225. — Les textes des différents projets ont été publiés par la *Société d'études législatives*.

2422. Cessibilité des droits de riveraineté. — Les droits de riveraineté sont-ils cessibles? La question a été plusieurs fois agitée et n'a jamais reçu une solution bien nette.

(1) Ce nom, qui a fait fortune, a été mis en circulation par M. Bergès, industriel à Lancey (Isère), dans une note publiée à l'occasion de l'Exposition de 1900.

(2) Toute évaluation est nécessairement arbitraire, et les chiffres qui ont été publiés varient beaucoup. Cependant il est probable que les chutes d'eau existant en France représentent un nombre de chevaux-vapeur presque égal à celui que fournissent actuellement nos machines alimentées par le charbon. Les évaluations des forces hydrauliques varient de 5 à 10 millions de chevaux-vapeur ; or en 1896 la France n'employait que 6 282 547 chevaux-vapeur, marine de guerre non comprise.

Beaucoup d'auteurs admettent la cessibilité (BAUDRY et CHAUVEAU, n° 853 ; DEMOLOMBE. t. XI, nos 151 et 211 ; Cass., 23 nov. 1854, D. 54. 1. 416 ; Cass., 29 mai 1877, D. 77. 1. 425), Mais M. Picard la conteste et affirme que la non-cessibilité a prévalu au Conseil d'État depuis 1872 (*Traité des eaux*, 1890, p. 361 et 451). En tout cas, il suffit d'acquérir une bande de terre le long de la rivière pour devenir *riverain*.

3° Règlements d'eau.

2423. Leur objet. — Le droit d'usage accordé par l'art. 644 aux riverains des petits cours d'eau est soumis, d'après l'art. 645, « aux règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux ». Il existe dans beaucoup d'endroits des *règlements* de ce genre sur l'établissement des *barrages*, *prises d'eau*, *usines*, *moulins*, etc., qui limitent singulièrement la liberté des particuliers. Ces règlements de police sont sanctionnés par l'art. 471-15° C. pén. (amende de 1 à 5 francs). Ces arrêtés ne peuvent être pris qu'à titre de *mesures générales dans l'intérêt public* : l'administration n'a pas qualité pour trancher les difficultés entre particuliers, dont la solution appartient aux tribunaux. Comp. Cons. d'État, 22 mars 1901, S. 1903, 3. 73, et la note de M. HAURIOU.

2424. Textes applicables. — Les règlements d'eau sont faits en exécution de la loi des 12-20 août 1790, qui chargeait l'administration de « diriger les eaux vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation », mais la matière a été réglée à nouveau par la loi du 8 avril 1898, art. 8 et 11.

2425. Autorités compétentes. — D'après le décret du 13 avril 1861, sur la décentralisation administrative, les autorisations nécessaires pour les travaux sur les cours d'eau sont données directement par les préfets (Tableau D, 3° et 4°). L'art. 16 de la loi du 8 avril 1898 permet même aux maires de prendre, sous l'autorité des préfets, toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau.

2426. Contestations entre particuliers. — Les contestations entre riverains sont fréquentes, surtout quand il existe des prises d'eau au-dessus d'un moulin ou d'une usine. L'art. 645 contient une règle destinée à servir de guide aux magistrats appelés à statuer ; ils doivent « concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ». Comp. L. 8 avril 1898, art. 9.

2427. Autorisations nécessaires pour les travaux industriels. — Malgré le droit d'usage qui leur est concédé par la loi et confirmé par la jurisprudence, les riverains sont soumis à toute une réglementation administrative. Le point le plus remarquable est que « aucun barrage, aucun ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine, ne peut être entrepris dans un cours d'eau non navigable et non flottable sans l'autorisation de l'Administration » (art. 11). Il ne faut pas s'exagérer la portée de cette autorisation préalable : l'Administration n'intervient pas ici pour *concéder* aux riverains le droit d'utiliser le cours d'eau, puisque ce droit leur est *donné par la loi* ; elle exerce seulement sa mission de *police* et de *surveillance*.

Les autorisations ainsi données sont révocables (art. 14). En principe, la révocation ne peut se faire qu'à la charge d'une indemnité aux riverains ; les cas où une autorisation peut être modifiée ou révoquée sans indemnité sont énumérés limitativement par le texte qui indique : 1° un motif de salubrité publique ; 2° le danger des inondations ; 3° la confection d'un règlement général établi pour tout le cours d'eau.

C. — Eaux sur lesquelles les propriétaires fonciers n'ont aucun droit.

****2428. Rivières du domaine public.** — Le principal exemple des eaux sur lesquelles les riverains ne possèdent pas de droits spéciaux est fourni par les *fleuves et rivières navigables ou flottables* : ces eaux étant affectées au service général de la navigation ou du flottage, ne peuvent être captées

ni utilisées par personne : de plus, comme elles circulent sur des terrains domaniaux, aucun particulier ne peut faire d'installations pour son usage sur leur lit ; il n'y est pas chez lui. Cependant l'administration peut accorder des *concessions* pour l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine (L. 8 avril 1898, art. 40).

Ces concessions sont accordées, suivant les cas, par décret ou par arrêté préfectoral (Arrêté du 19 ventôse an VI, art. 9 ; Décr. du 13 avril 1861, tableau D. 1° et 2° ; L. 8 avril 1898, art. 41, 42 et 43). Toute concession est toujours *révocable sans indemnité* (L. 8 avril 1898, art. 45), sauf dans le cas où elle prend la forme d'*une concession de travaux publics*.

Tant qu'elles durent, les concessions donnent lieu à une *redevance* au profit de l'État, fixée par un règlement d'administration publique (*ibid.*, art. 44).

***2429. Eaux privées.** — Les propriétaires riverains n'ont aucun droit sur les eaux qui les bordent, lorsque ces eaux sont la propriété d'un tiers. Telles sont les eaux d'un étang, ou celles d'un *béal* ou *bief* alimentant une usine, lorsque ces eaux appartiennent au propriétaire de l'étang ou de l'usine.

§ 4. — *De la vaine pâture et du parcours.*

2430. Définitions. — On appelle *vaine pâture* le droit qu'ont les habitants d'une même commune d'envoyer leurs bestiaux paître librement sur les champs de tout le monde, après l'enlèvement des récoltes et jusqu'à l'ensemencement, quand les terres peuvent être piétinées sans inconvénient. Jadis on faisait exception pour les terres nobles, qui se trouvaient « en défense », c'est-à-dire dont l'entrée était interdite « tous les jours de l'an ». Nos anciennes coutumes, principalement celles de la Bretagne et du Nivernais, contiennent de nombreux renseignements sur la vaine pâture. En beaucoup d'endroits on réunissait tous les bestiaux en un seul troupeau ; chaque propriétaire pouvait y envoyer un nombre de bêtes proportionné à l'étendue du terrain qu'il possédait.

Le droit de *parcours* ou d'*entrecours*, aujourd'hui aboli, n'était pas autre chose que la vaine pâture exercée au delà des limites de la paroisse (aujourd'hui la *commune*) sur les territoires des communautés ou paroisses voisines.

2431. Inconvénients des droits de vaine pâture et de parcours. — Ce système de pâturage en commun pouvait convenir à une population clairsemée, incapable de cultiver toutes ses terres ; c'était un moyen d'utiliser les jachères, qui duraient souvent plusieurs années. Quand l'agriculture eut fait des progrès la vaine pâture ne servit plus qu'à perpétuer la gêne et la misère, en entravant la production. En outre, dans beaucoup d'endroits, principalement dans le Nord de la France, le droit de vaine pâture, qui n'était d'abord qu'une *tolérance précaire*, s'était *transformé en servitude véritable*, et empêchait de clore les propriétés qui s'y trouvaient soumises. Aussi la suppression des droits de vaine pâture et de parcours a-t-elle été souvent réclamée par les économistes et les agronomes, soit avant, soit depuis la Révolution.

2432. Réformes de l'Assemblée constituante. — Le *Code rural* de 1791 ne supprima pas les droits de vaine pâture et de parcours ; il fit seulement *disparaître la servitude légale* qui en résultait *en permettant aux propriétaires de se clore*, et cette liberté a été confirmée aux propriétaires ruraux par le Code civil et par la loi du 9 juillet 1889. Le terrain clos se trouve soustrait au droit de vaine pâture.

Par une juste conséquence, le propriétaire qui use de la faculté de se clore perd son droit à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait (art. 648).

2433. Suppression du parcours. — La suppression du droit de parcours était déjà commencée sous l'ancien régime. Dans les dernières années qui ont précédé la Révolution, son abolition a été prononcée dans plusieurs provinces par voie d'édits (Hervé, *Matières féodales*, t. I, p. 175). Enfin la loi du 9 juillet 1889 (fragment du Code rural) l'a entièrement

aboli (art. 1er). On a donné pour raison de cette suppression que les limites des anciennes paroisses étaient souvent inconnues et douteuses, ce qui rendait leur observation difficile, tandis qu'il n'en est pas de même des communes modernes, dont le tracé est certain ; par suite, il n'y avait plus de raisons pour maintenir un droit de vaine pâture s'exerçant de commune à commune.

2434. Suppression facultative de la vaine pâture. — La suppression du droit de vaine pâture était également demandée, mais on ne voulut pas la faire disparaître d'une façon absolue, dans la crainte de priver de leurs ressources les paysans les plus pauvres, ceux qui n'ont pas assez de terres pour nourrir une vache. En 1853, onze départements avaient demandé le maintien de la vaine pâture, et ce droit a encore des partisans convaincus à la Société des Agriculteurs de France. On a cherché à donner satisfaction à ces tendances contradictoires. Voyez les lois du 9 juillet 1889 et du 22 juin 1890. Voyez aussi Amiens, 9 août 1901, S. 1903, 2. 65 ; Cass., 26 févr. 1912, D. 1913. 1. 365.

§ 5. — *Des associations syndicales.*

2435. Propriétés rurales. — Depuis 1865 les propriétaires ruraux jouissent du droit de se syndiquer pour opérer à frais communs certains travaux d'amélioration agricole. Les principaux sont des travaux de desséchement de marais, de drainage et d'irrigation ; l'art. 1er de la loi du 21 juin 1865 en donne une énumération, mais qui n'a rien de limitatif ; il suffit que l'œuvre à entreprendre présente « un caractère d'intérêt collectif ».

2436. Propriétés urbaines. — Le bénéfice de cette loi a été étendu à la propriété urbaine par une loi du 22 décembre 1888, et avec la même largeur : le texte mentionne les travaux d'*assainissement* et l'*ouverture de voies publiques nouvelles*, mais il ajoute : « et de toute autre amélioration ayant un caractère public. »

2437. Mode de fonctionnement. — Ces associations sont de deux sortes : les *associations syndicales libres* et les *associations syndicales autorisées*. Toutes sont considérées comme ayant la personnalité ; elles peuvent posséder et ester en justice ; mais tandis que les associations libres ne jouissent d'aucun privilège, celles qui se forment avec l'approbation de l'administration sont favorisées sur plusieurs points :

1° La majorité des propriétaires intéressés suffit pour la formation ; les autres y sont englobés malgré eux par l'effet d'une sorte de *droit de coercition*. Aussi a-t-on restreint ce genre d'associations aux travaux ayant un but de *nécessité publique*, comme les travaux d'assainissement ou de défense. La majorité nécessaire à la formation de l'association doit comprendre, dans certains cas, la moitié plus un des intéressés représentant les deux tiers au moins de la superficie des terrains, ou les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie. Pour les travaux spécifiés dans les nos 6 à 10 de l'art. 1er, la proportion exigée est encore plus élevée. Voyez l'art. 12 modifié.

2° Le recouvrement des *taxes* et *cotisations* a lieu au moyen de rôles rendus exécutoires par le préfet et se fait comme en matière de contributions directes (art. 15).

3° Les *contestations* sont jugées, au moins en principe, par le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État (art. 16).

4° S'il y a lieu à des *expropriations*, l'association peut y procéder, après avoir obtenu la déclaration d'utilité publique par décret (art. 18).

Il existe également des *syndicats obligatoires* pour le desséchement des marais (L. 16 sep- 1807).

CHAPITRE IV

LES GARANTIES DE LA PROPRIÉTÉ

SECTION I. — De l'expropriation pour cause d'utilité publique.

***2438. Inviolabilité de la propriété privée.** — Sous l'ancien régime, les particuliers ont eu assez souvent à souffrir d'atteintes portées à leur droit de propriété par le pouvoir. Aussi la *Déclaration des droits de l'homme*, votée par l'Assemblée constituante du 20 au 26 août 1789, a-t-elle déclaré la propriété privée « inviolable et sacrée » (art. 17). En conséquence, le propriétaire ne peut être dépouillé de sa chose, quand l'intérêt public l'exige, que *moyennant une indemnité*. Cette conséquence du principe d'inviolabilité a été reproduite dans l'art. 545 C. civ.

Malgré ces déclarations de principe, la propriété privée ne jouissait pas encore d'une sécurité parfaite, parce qu'on avait laissé subsister la *confiscation* dans le droit pénal ; elle se trouvait donc réduite aux garanties de la loi civile. Napoléon Ier usa et même abusa de la confiscation dont il se servit comme d'une arme de guerre contre ses ennemis de l'intérieur. Ce droit de spolier les particuliers n'a été retiré au gouvernement que par la *Charte de* 1814.

Enfin la création de charges fiscales excessives sur la propriété foncière apparaît de nos jours comme un moyen nouveau de spolier les propriétaires : on a vu la Chambre des députés accepter un impôt sur les successions s'élevant jusqu'à 74 pour 100 (*L'Économiste français*, 2 mars 1901). D'autre part la propriété a été frappée, à Paris et dans quelques autres villes, de charges très lourdes, soit pour la suppression de l'octroi, soit pour des travaux divers, qui équivalent à la confiscation d'une partie considérable des capitaux de la génération qui en a supporté l'établissement, car toute charge nouvelle imposée à la propriété se capitalise immédiatement et se traduit par un abaissement correspondant dans la richesse acquise.

2439. Lois successives sur l'expropriation. — L'expropriation a été régie successivement par les lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mars 1841. Cette dernière est encore en vigueur. Ce sont là des lois d'ensemble ; il y a eu et il y a encore bon nombre de textes secondaires qui règlent des points particuliers.

2440. De l'utilité publique et de sa déclaration.— La Déclaration des droits de l'homme (art. 17) n'autorisait l'expropriation que pour cause de *nécessité publique*. On eut vite reconnu que cette condition était excessive et que l'intérêt privé doit fléchir souvent devant l'intérêt public. Aussi le Code civil, bien qu'il reproduise presque littéralement dans son art. 545 la disposition précitée de la Déclaration, ne parle plus que de l'*utilité publique*.

Cette utilité doit être *légalement constatée*. Elle fait l'objet d'un acte administratif spécial, qu'on appelle « la déclaration d'utilité publique ». Tout d'abord on n'avait pas déterminé l'autorité compétente pour prononcer cette déclaration, et on en avait conclu qu'un *simple arrêté préfectoral* était suffisant. Les réclamations des propriétaires furent si nombreuses, à cause de la facilité extrême avec laquelle on les dépossédait, que Napoléon, dans la célèbre *Note de Schœnbrunn*, fixa lui-même les garanties à accorder à la propriété foncière. Désormais la déclaration d'utilité publique devait émaner du chef de l'État ; mais les lois postérieures ont rendu, en maintes circonstances, à des autorités moins hautes le droit de la prononcer.

En principe, le travail à entreprendre est déclaré d'utilité publique par un *acte du pouvoir législatif* voté dans la forme des lois. Mais les travaux de peu d'importance peuvent être autorisés par un *décret en Conseil d'État* (chemins de fer et canaux de moins de 20 kilomètres

de longueur, etc.), par un *décret simple* (travaux publics à la charge des départements et des communes), ou même par le *Conseil général* ou par la *Commission départementale* (pour les chemins vicinaux et ruraux).

***2441. De l'expropriation.** — L'*expropriation*, c'est-à-dire l'acte qui enlève au particulier sa propriété pour la transférer à la partie expropriante (État, commune, etc.), est aujourd'hui l'œuvre du *Tribunal civil*, qui rend un *jugement d'expropriation*, toutes les fois que la partie expropriée ne consent pas une *cession amiable*. L'autorité judiciaire, gardienne naturelle de la propriété privée, a été chargée de ce soin en vertu de la Note de Schœnbrunn, et n'en a jamais été dépouillée depuis 1810.

***2442. De la fixation de l'indemnité.** — L'Assemblée constituante avait d'abord laissé aux corps administratifs le soin de déterminer les indemnités d'expropriation ; en 1807, on le transporta aux conseils de préfecture ; en 1810, aux tribunaux civils. Depuis 1833, ce droit appartient à un *jury spécial* composé de propriétaires et présidé par un membre du tribunal civil.

L'indemnité doit être *juste*, dit la loi, c'est-à-dire suffisante. En fait, les indemnités d'expropriation sont très largement fixées et ordinairement elles dépassent la valeur réelle des immeubles. Aussi l'expropriation est-elle considérée par les propriétaires, dans la plupart des cas, comme une bonne fortune plutôt que comme un malheur.

***2443. Du caractère préalable de l'indemnité.** — L'indemnité doit également être *préalable* (art. 545). Cependant l'expropriation est prononcée par le tribunal avant que l'indemnité ne soit payée ni même fixée, mais le principe formulé dans la Déclaration des droits de l'homme est respecté par un autre moyen : le *délaissement matériel* de l'immeuble ne peut être exigé du propriétaire exproprié, qu'après le versement de l'indemnité (L. 3 mai 1841, art. 53). Celui-ci jouit donc d'un *droit de rétention* qui lui assure son paiement ; il n'est pas réduit à le solliciter ensuite et à l'attendre du bon plaisir de l'administration.

2444. Variétés particulières d'expropriations. — L'expropriation des immeubles, régie par la loi de 1841, n'est pas la seule façon dont un propriétaire puisse être privé de sa propriété. On peut citer en outre :

1° L'*alignement*, mesure administrative destinée à rectifier et à élargir les voies publiques, et en vertu de laquelle les propriétaires sont obligés de reculer leurs constructions et leurs clôtures, tout en ne recevant d'ordinaire qu'une indemnité très inférieure à la valeur du terrain qu'ils perdent ;

2° La *délimitation du domaine public maritime*, qui donne souvent lieu à des difficultés parce que les propriétaires riverains se prétendent propriétaires de parcelles que la délimitation administrative attribue au lit de la mer ou du fleuve. Sur la question de savoir s'ils peuvent obtenir une indemnité en s'adressant aux tribunaux civils, voyez Cass., 19 juin 1873, D. 73. 1. 360, S. 74. 1. 163 ; Trib. des conflits, 11 janv. et 1er mars 1873, D. 73. 3. 65, S. 73. 2. 25 et 79. 2. 61 ; Cass., 4 janv. 1886, D. 89, 1. 125, S. 87. 1. 360. Voyez, en sens divers, Bouvier, *Revue critique*, 1899, p. 46 et 87 ; Berthélemy, *Revue générale d'administration*, 1899 ;

3° et 4° Les droits *d'occupation temporaire et d'extraction de matériaux*, servitudes qui grèvent les terrains privés pour l'exécution des travaux publics (Arrêt du Conseil, 20 mars 1780 ; Décr. 8 fév. 1868). L'indemnité est réglée par le conseil de préfecture (L. 28 pluviôse an VIII, art. 4, § 4) ;

5° Les *réquisitions militaires* réglées principalement par la loi du 3 septembre 1897.

Section II. — De la revendication.

****2445. Définition.** — La revendication est l'*action exercée par une personne qui réclame la restitution d'une chose en se prétendant propriétaire.* La revendication se fonde donc *sur l'existence du droit de propriété* et elle a pour but *l'obtention de la possession.* La revendication doit être distinguée

d'un grand nombre d'*actions en restitution*, qui se fondent sur une obligation existant à la charge du défendeur. Ces dernières sont des *actions personnelles*, puisque le demandeur fait valoir un *droit de créance*, tandis que la revendication, qui n'est pas autre chose que le droit de propriété affirmé devant la justice, est une *action réelle*.

§ 1. — *Revendication des immeubles.*

A. — Prescription de l'action.

****2446. Opinion traditionnelle.** — La propriété peut-elle se perdre par l'effet d'une *prescription extinctive?* On pourrait le croire en lisant l'art. 2262 : « Toutes actions, tant *réelles* que personnelles, sont prescrites par trente ans. » Dans sa généralité absolue, cette formule embrasse évidemment la revendication comme les autres actions réelles. Cependant il est généralement reconnu qu'il faut faire une *distinction entre la propriété et les autres droits réels.* Les droits réels démembrés de la propriété [servitudes, usufruit, hypothèques, etc.] peuvent tous se perdre par une prescription extinctive, qu'on appelle plus spécialement, pour quelques-uns d'entre eux, le *non-usage.* Le motif en est que ces démembrements du droit de propriété sont contraires à l'état normal, qui est la plénitude de la propriété et la jouissance exclusive de la chose par son propriétaire. Pour des raisons d'utilité, la loi tolère l'établissement de droits réels sur la chose d'autrui, mais c'est à la condition que ceux qui les ont s'en servent. S'ils ne s'en servent pas, le démembrement du droit de propriété n'a plus de raison d'être et la loi doit favoriser le retour à l'état normal, en décidant l'extinction par prescription du droit réel démembré. Ce raisonnement ne peut évidemment pas s'appliquer à la propriété ; par conséquent, *la perte par non-usage ne la concerne pas.*

Que résulte-t-il de là? Si nous supposons qu'un propriétaire d'immeuble laisse son bien aux mains d'une autre personne pendant de longues années, il pourra sans doute perdre sa propriété par *l'effet d'une prescription acquisitive*, si le possesseur de sa chose remplit les conditions voulues pour l'usucapion et s'il a possédé pendant le temps nécessaire. Mais si ce possesseur, pour une cause quelconque, n'a pas pu acquérir la propriété, il n'y a pas de raison pour faire échouer la revendication dirigée contre lui. Le fait que le propriétaire est resté plus de trente ans sans se servir de la chose est par lui-même incapable de lui faire perdre son droit, tant qu'il n'y a pas eu usucapion accomplie par un tiers. La propriété peut donc être *déplacée* par l'effet de la prescription ; elle ne peut pas être *perdue purement et simplement* (Cass., 12 juill. 1905, D. 1907. 1. 41, P. et S. 1907. 1. 273).

On exprime ce résultat en disant que la propriété, à la différence des autres droits réels, *ne se perd pas par le non-usage*. Par conséquent, la revendication doit triompher, même après plus de trente ans d'abandon, tant que l'adversaire n'a pas lui-même acquis la propriété. Le texte de l'art. 2262 est donc trop absolu et doit être rectifié. Cette correction se fonde sur la tradition constante du droit français (POTHIER, *Propriété*, n° 276).

2447. Opinion dissidente. — La doctrine traditionnelle du droit français n'avait jamais fait de doute, lorsqu'en 1879 la Chambre des requêtes eut à s'occuper d'une donation irrégulière faite à la congrégation de Saint-Viateur (Cass., 5 mai 1879, D. 80. 1. 145, S. 79. 1. 313.) La congrégation n'avait pas pu acquérir la propriété, faute de personnalité civile ; la question se posait alors de savoir si la famille du donateur avait perdu la propriété par le non-usage. Mais l'arrêt ne s'est pas prononcé sur le caractère prescriptible ou non de la revendication elle-même ; seul, l'avocat général, M. Robinet de Cléry, soutint dans ses conclusions (D. 80. 1. 150, col. 2) que l'art. 2262, en nommant toutes les actions réelles, englobait nécessairement la revendication et que celle-ci était prescriptible par 30 ans. M. Charles Beudant, dans la note du DALLOZ, trouve que sa démonstration sur ce point est « péremptoire » (p. 147). Je crois néanmoins préférable de s'en tenir à l'opinion traditionnelle, défendue par MM. AUBRY et RAU (t. VIII, § 772, p. 429). Il y en a une raison décisive : si le propriétaire avait perdu son droit alors que le possesseur ne l'a pas acquis, le bien appartiendrait à l'État comme bien sans maître (art. 713).

B. — Preuve du droit de propriété.

***2448. Causes pratiques de difficultés.** — La preuve du droit de propriété offre dans la pratique de grandes difficultés. Ces difficultés vont en diminuant à mesure que l'instruction se répand : l'instruction amène avec elle l'habitude de faire ses affaires régulièrement, le désir de posséder des *titres écrits* en bonne forme. D'autre part, les notaires mettent plus de soin qu'autrefois à établir dans les actes ce qu'on appelle l'*origine de propriété*. Ce mouvement a été encore accéléré par la loi du 23 mars 1855 qui a rétabli la *transcription*. Malgré cela les difficultés subsistent et subsisteront probablement toujours ; dans les campagnes, une foule de petits propriétaires se contentent d'actes informes, quand ils achètent un bien, pourvu qu'on les mette en possession.

***2449. Cause théorique de difficultés.** — Une autre cause encore, celle-ci purement rationnelle, rend difficile la preuve de la propriété. La propriété des biens se transmet fréquemment d'une personne à une autre. Pour que le *possesseur actuel* soit propriétaire, il faut que son *auteur*, celui de qui il tient la chose, l'ait été également, et ainsi de suite en remontant de possesseur en possesseur. Cette preuve absolue fait généralement défaut, et on ne l'exige pas, parce qu'il faut bien tenir compte des nécessités pratiques. On se contente donc de demander au revendiquant une *simple probabilité*, qui le rende préférable à son adversaire.

2450. Bibliographie. — Il est tout à fait étonnant qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition relative à la preuve du droit de propriété, alors qu'on a rédigé minutieusement, et en plus d'un endroit, la preuve des droits de créance. La question a fait l'objet d'études particulières : EMMANUEL LÉVY, *Preuve par titres du droit de propriété immobilière*, Paris, 1896 ; DEBRAND, *Essai sur la preuve de la propriété immobilière* (*Revue bourguignonne*, 1893, t. III, 1893, t. III, p. 71-119).

***2451. Seul mode de preuve absolu : l'usucapion.** — Le seul moyen de fournir une preuve absolue du droit de propriété, c'est de prouver qu'on a possédé, par soi-même ou par ses auteurs, pendant le temps voulu pour l'usucapion. Encore ce procédé est-il parfois défectueux, à cause des *suspensions de prescription* qu'admet la loi au profit des

incapables, car ces suspensions, en se répétant au profit de plusieurs personnes, peuvent retarder indéfiniment l'achèvement de l'usucapion.

***2452. Cas où l'usucapion n'est pas accomplie.** — Très souvent la preuve d'une usucapion accomplie fait défaut. Comme il faut bien trancher le procès, on se règle sur les principes suivants :

Première hypothèse : *Les deux parties produisent des titres de propriété.* — Si ces titres émanent de la même personne, on se réglera en principe sur *la priorité de la transcription* (ci-dessous, nos 2615 à 2619). S'ils émanent de personnes différentes, le *défendeur doit être maintenu en possession* (Cass., 12 nov. 1907, D. 1908. 1. 313, P. et S. 1910. 1. 388), à moins que le revendiquant ne réussisse à établir que son auteur l'aurait emporté sur celui du défendeur au cas où la contestation se serait élevée entre eux. Cette dernière solution est la conséquence de la règle : « Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. »

Deuxième hypothèse : *Une seule des deux parties a un titre.* — Si c'est le défendeur, il restera tout naturellement en possession. Si c'est le demandeur, il obtiendra la restitution de la chose, à la condition toutefois que son titre soit antérieur à la possession du défendeur (Pothier, *Propriété*, no 324 ; Aubry et Rau, § 219, note 8 ; Cass., 22 juin 1864, D. 64. 1. 412, S. 64. 1. 349 ; Aix, 29 févr. et 15 mars 1872, D. 74. 2. 185, S. 73. 2. 49 ; Cass., 14 juin 1904, D. 1905. 1. 8).

Troisième hypothèse : *Aucune des deux parties n'a de titre.* — On décide que le défendeur doit conserver la chose, s'il en a la possession véritable d'une manière utile pour l'usucapion (Cass., 10 janv. 1860, D. 60. 1. 74, S. 60. 1. 340). C'est l'effet, dit-on, de la présomption de propriété attachée au fait de la possession, présomption qui n'est écrite nulle part, mais qui paraît bien conforme à la tradition (ci-dessus, no 2286). Si le défendeur n'a pas une possession exclusive bien caractérisée, le demandeur peut obtenir la restitution de la chose en prouvant soit des faits anciens de possession, soit d'autres circonstances d'où résulte une présomption de propriété en sa faveur (Cass., 7 mars 1877, D. 78. 1. 216, S. 78. 1. 340 ; 10 août 1880, D. 80. 1. 369, S. 81. 1. 117 ; 19 janv. 1884, D. 84. 1. 314 ; 22 déc. 1891, D. 92, 1. 512).

***2453. Ce que c'est qu'un titre pour la preuve de la propriété.** — Il est bon d'observer qu'on entend ici par *titre* autre chose qu'en matière d'usucapion. Pour usucaper, les seuls titres efficaces sont des actes *translatifs de propriété*, tels qu'une vente ou une donation ; pour prouver la propriété, les *jugements* et les *partages*, bien que non translatifs, sont des titres suffisants (Pothier, *Propriété*, no 323 ; Aubry et Rau, § 219, note 7. — Cass., 27 déc. 1865, D. 66. 1. 5, S. 66. 1. 205 ; Pau, 8 mai 1872, D. 73. 2. 231, S. 73. 2. 79 ; Cass., 3 janv. 1905. S. 1905. 1. 331).

***2454. Possibilité de prouver la propriété sans écrit.** — On voit que le droit de propriété, quelle que soit sa valeur, peut s'établir *autrement que par écrit*, nonobstant la disposition de l'art. 1341, qui exige l'écrit au-dessus de 150 francs. Ceci tient à ce que le droit de propriété peut s'acquérir par d'autres modes que les *contrats*, et que l'exigence d'un écrit n'est imposée par la loi qu'à ceux qui font des conventions.

***2455. Caractère absolu des titres de propriété.** — La preuve de la propriété soulève encore une difficulté qui lui est propre. L'une des parties invoque un *titre*, c'est-à-dire un acte juridique : presque jamais ce titre n'émane de l'adversaire ou des auteurs de l'adversaire. On s'est donc demandé si l'un des plaideurs pouvait ainsi *opposer à l'autre un acte qui lui est totalement étranger*. Cela ne serait pas permis en matière de *contrats*, à cause de l'art. 1165, d'après lequel les conventions que deux personnes font entre elles ne peuvent pas nuire aux tiers. Mais en matière de *propriété*, les actes de transfert ont nécessairement un *effet absolu*, puisque, si le droit transféré existe en la personne de l'aliénateur, il passe à l'acquéreur avec le caractère qui est propre aux droits réels. On a d'abord admis cette solution pour les *actes authentiques* (Cass., 22 juin 1864, D. 64. 1. 412, S. 64. 1. 349), puis on l'a étendue aux simples *actes sous seings privés* (Cass., 27 déc. 1865, D. 66. 1. 5, S. 66. 1. 205 ; Cass., 8 juill. 1874, D. 74. 1. 336). Sur cette difficulté, comp. Bonnier, no 508 *bis*, p. 441. La jurisprudence n'a pas varié (Cass., 10 déc. 1901, D. 1902. 1. 311 ; Cass., 28 juill. 1903, S. 1907. 1. 451 ; Cass., 2 janv. 1907, D. 1907. 1. 125).

C. — Restitutions réciproques entre les parties.

***2456. Fruits et produits.** — Quand le possesseur est de bonne foi, il gagne les fruits jusqu'au moment où la revendication est exercée contre lui (ci-dessus, n° 2300). Sauf cette exception, tous les fruits et produits de la chose doivent être restitués au propriétaire qui triomphe. Le possesseur de mauvaise foi doit même la valeur des fruits qu'il a négligé de percevoir. — Le propriétaire n'a droit qu'à la restitution du produit *net*, c'est-à-dire déduction faite des dépenses qui ont été annuellement nécessaires pour obtenir le produit régulier de la chose : s'il eût possédé, il eût lui-même supporté ces déboursés.

La restitution des fruits porte sur *toute la durée de la possession de mauvaise foi*, sans que le défenseur puisse opposer au revendiquant la prescription de cinq ans établie par l'art. 2277. Cette prescription quinquennale n'éteint que l'action du *bailleur*, qui demande, à titre de *créancier* du preneur à bail, le paiement des loyers d'une maison ou des fermages d'un bien rural ; elle est étrangère à la théorie de la revendication, quand le *propriétaire* demande la restitution des loyers ou fermages touchés par le possesseur.

***2457. Impenses.** — On distingue les *impenses nécessaires*, les *impenses utiles* et les *impenses voluptuaires*. Les premières sont celles qui ont été nécessitées par la conservation de l'immeuble. Elles doivent être toujours restituées intégralement au possesseur, même de mauvaise foi, et sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il en subsiste encore quelque profit. Le propriétaire eût été forcé de les faire. — Les impenses utiles sont celles dont on aurait pu se dispenser, mais qui ont en fait augmenté la valeur de l'immeuble. La restitution en est due même au possesseur de mauvaise foi, jusqu'à concurrence de la plus-value existante au moment de la restitution. — Enfin les impenses voluptuaires, faites pour satisfaire les goûts personnels du possesseur sans aucun profit pour l'immeuble, ne nécessitent aucune restitution.

***2458. Constructions.** — On ne doit pas comprendre parmi les simples *améliorations* qui donnent lieu à un règlement d'impenses sur les bases indiquées au numéro précédent, les *constructions* que le possesseur a pu élever sur le fonds. Rentrent seuls parmi les dépenses utiles, à titre d'améliorations, les *travaux faits sur des constructions déjà existantes*. Les constructions neuves élevées par le possesseur donnent lieu à un règlement fondé sur d'autres principes, plus compliqués, qui sont établis par l'art. 555. Leur explication rentre dans la théorie de l'*accession* qui sera exposée plus loin.

§ 2. — *Revendication des meubles.*

2459. Impossibilité fréquente de revendiquer les meubles. — En matière mobilière, la revendication est souvent impossible en droit français, à raison de la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279). Cet article est une des dispositions les plus importantes de notre droit, et en même temps une de celles qui en caractérisent le mieux l'esprit quand on le compare au droit romain. De plus, il n'y a peut-être pas, dans toutes nos lois, une disposition qui fasse mieux comprendre la nécessité des études historiques pour l'intelligence du droit moderne.

2460. Bibliographie. — Ortlieb, *Effets de la possession des meubles en droit français*, thèse, Nancy, 1861. — Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1881. — Van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, Leyde et Paris, 1887. — Saleilles, *De la possession des meubles*, Paris, 1907.

A. — Formation historique de la maxime.

1° Première période : VIe-XIIIe siècles.

***2461. Absence de revendication.** — Pendant toute cette période, le droit français, fidèle à ses origines germaniques, n'accordait point d'action au propriétaire, *en cette seule qualité*, pour réclamer sa chose mobilière, quand il en avait perdu la possession. L'inexistence de la revendication mobilière dans notre très ancien droit peut nous paraître singulière ; mais « absence de revendication » ne signifie pas « absence d'action » ; seulement les actions qui étaient données au propriétaire n'avaient pas à l'origine la même nature que la *rei vindicatio* romaine.

***2462. Actions données au propriétaire.** — Ces actions varient selon la manière dont le propriétaire avait perdu la possession de son meuble.

Premier cas. — S'il s'en était *dessaisi volontairement*, on lui donnait une action contractuelle de *prêt* ou de *dépôt*, mais cette action lui était ouverte contre l'emprunteur ou le dépositaire *seul*, et non contre les tiers auxquels l'emprunteur ou le dépositaire avait transmis la chose : le propriétaire ne pouvait donc pas, en ce cas, *suivre* sa chose quand elle était passée en mains tierces. « Et si aucun engage choses que l'en li ai prestées, li gages vaust » (*Livre de jostice et de plet*, liv. XIX, tit. 35, § 3).

Deuxième cas. — Le propriétaire du meuble en a perdu la possession *sans sa volonté*. Ceci suppose qu'il y a eu perte ou vol. Dans ce cas on lui donnait différentes actions (action de vol ou *demande de furtive*, demande de chose emblée, demande de chose adirée), qui avaient eu à l'origine un *caractère pénal*, mais qui prirent de bonne heure l'aspect d'une revendication, parce qu'elles permettaient au propriétaire de suivre sa chose en toutes mains ; elles avaient donc le même caractère *réel* que la revendication. Beaumanoir le dit formellement pour l'action née du larcin : « Cil... la puet poursuir où qu'ele soit alée, car chascun a lieu de demander ce qui doist estre sien à celui qui le tient » (chap. XXI, n° 16 ; édit. Salmon, n° 952).

***2463. La maxime primitive « Meubles n'ont pas de suite ».** — Ainsi, sauf les cas où la chose avait été *emblée* ou *adirée*, le propriétaire ne pouvait pas la *suivre* entre les mains des tiers ; il n'avait d'action que contre celui à qui il l'avait confiée. On exprimait ce résultat par l'adage « *Mobilia non habent sequelam* », « meubles n'ont point de suite » (*Coutumes notoires du Chastelet de Paris*, art. 23 ; *Décisions* de Jean Desmarès, n° 165, dans Brodeau, *Coutume de Paris*, t. II).

2° Deuxième période : XIVe-XVIe siècles.

***2464. L'influence romaine et la revendication des meubles.** — Le droit français primitif contenait donc *une véritable lacune*, en ce sens qu'il n'ouvrait pas d'action au propriétaire de meubles en cette qualité. Cette lacune fut comblée à partir du XIIIe siècle sous l'influence du droit romain, qui s'enseignait dans les Universités et qui se répandait de là dans les cours de justice. Dès le XIVe siècle, la revendication des meubles, ouverte au propriétaire d'une façon générale, commence à reparaître dans les textes. Boutillier, qui en parle comme d'un principe certain de son temps (1), avait cependant le souvenir d'un état du droit où on l'ignorait, car il rapporte qu'une consultation d'avocats et de conseillers du Parlement de Paris l'avait reçue, contrairement à la coutume, par application des principes du droit, c'est-à-dire du droit romain (2).

(1) « Le bourgeois offroit à mettre en voir qu'elle estoit sienne..., n'onques n'avoit fait chose par quoy elle ne fust sienne... et ravoir la devoit *par droit de reivendication* » (*Somme rural*, liv. I, t. 43, p. 320).

(2) « Le jude (de Tournay) s'en print à conseiller à Paris. Tout veu, il fut dit que le droit de reivendication sortiroit et tendroit lieu, nonobstant coustume du contraire, laquelle en ceste partie n'estoit pas tollerable contre le droit escrit... » (*Somme rural, ibid.*).

La lutte entre l'état primitif du droit français et le droit nouveau, résultant de la restauration de l'ancienne revendication des meubles, est clairement indiquée dans un texte souvent cité de la fin du XVe siècle : « En demande de meubles n'a seulement que quatre actions, en prest, en depost, en despouille et en larrecin, car combien que de *droict* y ait une autre action, que l'on appelle revendication, elle n'a lieu en court laye... » (*Ancienne coutume de Bourges*, art. 55, dans le *Coutumier général*, t. III, p. 880). Les anciennes actions personnelles et pénales que donnait le droit français sont là bien clairement opposées à l'action réelle du droit romain.

***2465. Triomphe de la revendication au XVIe siècle.** — Au XVIe siècle, tous les écrivains sont tellement pénétrés des idées romaines qu'ils ne songent plus à mettre en doute l'existence de la revendication mobilière, et qu'ils ne s'inquiètent plus des anciennes actions personnelles ou pénales que donnait le vieux droit. Le propriétaire d'un meuble est donc admis à *suivre* sa chose contre les tiers, sans qu'il y ait désormais à rechercher de quelle façon il en a perdu la possession (1).

***2466. Changement de formule de l'ancienne maxime.** — Par la réintroduction d'une véritable action réelle en matière mobilière, l'ancienne maxime « Meubles n'ont pas de suite » avait *cessé d'être vraie pour les propriétaires*. Désormais ils « suivaient » leurs meubles entre les mains des tiers, même dans les cas où ils s'étaient volontairement dessaisis de la possession au profit d'une personne qui en avait abusé. Mais si la vieille maxime n'était plus vraie pour les propriétaires revendiquant leurs meubles, elle l'était toujours pour les *créanciers hypothécaires* : le droit français a de tout temps (et cela dure encore) refusé le droit de suite sur les meubles à ceux qui se présentent comme créanciers hypothécaires. Pour mettre la maxime d'accord avec l'état nouveau du droit, il fallut la modifier : on y ajouta deux mots qui en réduisirent la portée, et elle devint dès le XVIe siècle : « Meubles n'ont pas de suite *par hypothèque*. » C'est sous cette forme qu'elle passa à cette époque dans la plupart des coutumes et notamment, en 1580, dans la nouvelle coutume de Paris (art. 170), et les auteurs anciens l'expliquent en disant que le droit de suite est refusé au créancier hypothécaire, mais non au propriétaire qui revendique (2).

3° Troisième période : XVIIe-XVIIIe siècles.

***2467. Réaction contre la revendication.** — Le triomphe de la revendication fut suivi de près par une réaction dirigée contre elle (3), car la possibilité de revendiquer les meubles contre des tiers détenteurs de bonne foi ruinait la sécurité du commerce. Dès le début du XVIIe siècle, le mouvement commença, et l'on peut dire que, depuis lors, tout l'effort du droit français sur cette matière a été employé à tempérer et à réduire les funestes effets de la revendication mobilière ressuscitée.

Pour la combattre, on s'y prit de deux façons différentes : on chercha d'abord *à réduire la durée de l'action* accordée au propriétaire ; on s'enhardit ensuite jusqu'à lui *refuser complètement l'action dans certains cas*.

(1) Pour l'établissement de ce point, voyez les divers passages d'auteurs de ce temps, Guillaume Terrien, Pierre Pithou, Le Caron (Charondas), Antoine Fabre et autres, rapportés par M. Jobbé-Duval, *Revendication des meubles*, p. 205, notes 1 à 6.

(2) « Meuble n'a point de suyte en Normandie, ce qui s'entend par hypothèque... mais je pourrai bien par revendication poursuivre le meuble à moi appartenant... » (Josias Bérault, *Commentaire sur la coutume de Normandie*, 1776, t. II, p. 488, note sur un arrêt de 1527). — « Les meubles n'ont pas de suite pour les créanciers, mais peuvent être suivis et réclamés par les propriétaires » (Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, t. III, p. 378).

(3) Peut-être même ce triomphe ne fut-il jamais complet, et l'ancienne règle, qui refusait tout droit de suite au propriétaire de meubles, hors le cas de perte ou de vol, fut-elle obscurément suivie dans certains tribunaux ; en tout cas elle se conserva dans l'esprit de beaucoup de praticiens (voyez les citations d'Antoine Fabre, de Sébastien Bover, de Bessian, de Pressac et autres, dans Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 167, note 3 ; p. 169, notes 2 et 3 ; p. 206, n. 1. Voyez aussi *ibid.*, p. 183, texte et note 1). J'y ajouterai un passage du *Traité des donations entre vifs*, de Ricard, qui n'a jamais été signalé jusqu'ici, et qui repose tout entier sur l'idée que le possesseur de bonne foi d'un meuble est, par le fait même de sa possession, à l'abri de toute revendication. Voyez ci-dessous, n° 2470 en note.

***2468. Réduction de durée de la revendication.** — On avait emprunté au droit romain le principe même de l'action, mais non toute la réglementation qui l'accompagnait jadis ; bien peu de coutumes avaient fixé un *délai* pour sa prescription (1). La plupart étaient *muettes*, et les praticiens en avaient conclu que la prescription des meubles durait 30 ans (IMBERT, *Enchiridion*, v° Usucapion ; *Institutions forenses*, liv. I, chap. XXXV, n°s 7 et 8 ; LA PEYRIÈRE, *Décisions sommaires*, Lettre P, déc. 1898). Ce délai était évidemment trop long, et dans plus d'une province, les jurisconsultes cherchaient à faire prévaloir la prescription de 3 ans, qui avait été établie en droit romain pour les meubles par Justinien. Ainsi firent CHASSENEUZ pour la Bourgogne (édit. de 1616, p. 1746), JACQUES GODEFROY en 1628 pour la Normandie (cité dans les *Commentaires sur la coutume de Normandie*, Rouen, 1776, t. II, p. 494), DUPLESSIS pour la région parisienne (*Traités sur la coutume de Paris*, 1725, t. I, *Des prescriptions*, p. 488-489), et POTHIER pour l'Orléanais (*Prescription*, n°s 199 à 202). LAMOIGNON voulait même réduire à un an la prescription des choses mobilières (*Arrêtés*, 3e partie, tit. XXIX, n° 22).

***2469. Refus d'action au cas d'abus de confiance.** — Les auteurs avaient beau abréger la durée de la revendication, et transporter dans notre droit la prescription triennale de Justinien, leur système laissait encore très souvent les acquéreurs de bonne foi dans l'embarras. On se décida alors à une innovation grave : on *supprima radicalement la revendication contre des tiers*, toutes les fois que le propriétaire avait *confié* sa chose à une autre personne, et que celle-ci en avait irrégulièrement disposé. Cette hypothèse, qu'on appelait jadis la *violation de dépôt*, a reçu en droit moderne le nom d'*abus de confiance*. Le propriétaire, qui est victime d'un abus de confiance, se trouve réduit à une *action personnelle* contre l'emprunteur ou le dépositaire infidèle ; il n'a plus de droit de suite contre les tiers auxquels la chose a été transmise ; la revendication ne lui reste ouverte qu'au cas de perte ou de vol, et en supposant qu'il puisse prouver le fait particulier dont il a été victime. C'était un retour aux solutions du XIIIe siècle.

Le droit français se trouvait ainsi après cinq siècles, *ramené à son point de départ*, mais les motifs n'étaient plus les mêmes. Comme le dit M. Jobbé-Duval (p. 221), les praticiens du moyen âge et les magistrats modernes avaient fini par se rencontrer tout en partant de points opposés : les conseillers au Châtelet de Paris, qui réduisirent la revendication mobilière au point où nous la voyons aujourd'hui, ignoraient absolument nos anciennes traditions nationales et ils se déterminèrent par des motifs que les hommes du XIIIe siècle n'auraient pas compris.

***2470. Époque où eut lieu ce revirement.** — La première mention connue de l'impossibilité de revendiquer contre des tiers un meuble qui a été déposé ou confié à quelqu'un, se trouve dans le livre de BOURJON, *Le droit commun de la France*, publié en 1747 (2). Un commentateur de la coutume de la Rochelle, VALIN, en parle en 1756. Mais ni l'un ni l'autre ne nous renseignent sur l'époque où cette règle s'était introduite. Bourjon en attribue seulement l'origine à la jurisprudence du *Châtelet de Paris*. Vraisemblablement cette jurisprudence était récente au moment où Bourjon écrivait ; il est peu probable qu'elle remonte au XVIIe siècle, à moins qu'elle ne se rattache au passage de Ricard, signalé ci-dessus, au n° 2467 : Ricard, avocat au Parlement de Paris, et qui publia son livre en 1652, semble se référer à une solution courante (3).

(1) De ce nombre étaient les *coutumes d'Anjou et du Maine* qui depuis 1411 au moins appliquaient à la revendication mobilière la prescription de 3 ans établie par Justinien (édit. Beautemps-Beaupré, E, n° 287. Comp. Coutume d'Anjou, art. 419 ; du Maine, art. 434).

(2) Bourjon est revenu dans cinq passages différents sur cette maxime nouvelle à laquelle il attachait une grande importance, et toujours en l'attribuant à la jurisprudence du Châtelet : 1° à propos de la *possession en matière de meubles* (liv. II, tit. 1, chap. VI, n° 1 ; édit. de 1770, t. I, p. 145) ; 2° à propos de l'*achat de meubles* (liv. III, tit. 2, chap. I, n° 2 ; t. I, p. 458-458) ; 3° à propos de la *prescription* (liv. III, tit. 22, chap. V, n° 1 ; t. I, p. 109-6) ; 4° et 5° à propos de la *revendication* des meubles (liv. VI, tit. 8, chap. III, n°s 1 et 18 ; p. 692 et 695).

(3) « Il y a des biens d'une certaine qualité, à l'égard desquels la donation peut se perfectionner sans écriture même, et par la seule exécution présente, comme sont les deniers

2471. Motifs qui firent refuser la revendication au propriétaire. — Bourjon et Valin, les deux premiers auteurs qui nous font connaître la nouvelle jurisprudence, nous en indiquent en même temps les motifs, et leurs explications se complètent mutuellement : Valin nous donne le *motif rationnel* qui a poussé la jurisprudence dans cette voie ; Bourjon nous révèle *l'argumentation juridique* dont se sont servis les premiers arrêts.

Valin dit ceci : « Ce dernier (le propriétaire) n'a pas le droit de suivre la chose, dès qu'elle est hors de la possession du dépositaire ; la raison est qu'il a entièrement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi » (*Commentaire de la coutume de la Rochelle*, note sur l'art. 60, p. 240).

Quant à Bourjon, il nous expose la raison de droit sur laquelle s'était fondé le Châtelet de Paris pour refuser l'action au propriétaire : c'était l'art. 182 de la coutume de Paris d'où il résultait que le déposant est réduit à la condition d'un créancier ordinaire, *quand le dépôt* (la chose déposée) *ne se retrouve plus en nature* (Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. VI, chap. III, sect. 4, nº 18). « Et ainsi, ajoute-t-il, cette jurisprudence a sa racine dans la coutume (1). »

***2472. La nouvelle maxime « En fait de meubles possession vaut titre ».** — Pour exprimer le résultat auquel on était parvenu, on ne reprit pas l'ancien adage « Meubles n'ont pas de suite », qui s'était spécialisé aux yeux des praticiens dans la matière des hypothèques ; on se servit d'une nouvelle formule : *Possession vaut titre.* Il est probable que cette maxime existait déjà et qu'elle servait à dispenser le possesseur du meuble de produire son titre, quand il prétendait être propriétaire. L'innovation du Châtelet a consisté à lui attribuer une fonction plus énergique : la simple présomption de propriété donnait bien au possesseur le rôle de défendeur dans la procès en revendication intenté par le vrai propriétaire, mais n'empêchait pas celui-ci de triompher, s'il agissait *pendant les délais de l'usucapion.* Depuis le XVIIIe siècle, on écarte toute possibilité d'éviction, en décidant que la revendication est perdue pour le propriétaire *immédiatement* dès que le meuble, objet du dépôt, passe aux mains d'un tiers ; le possesseur est à l'abri, « sans qu'il soit besoin de la prescription », comme disait Pothier (*Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XIV, art. prélim., sect. I, nº 4 ; édit. Bugnet, tit. I, p. 331).

2473. Son attribution à Bourjon est une erreur. — Généralement on attribue à Bourjon la paternité de la maxime écrite dans l'art. 2279. Les passages de son livre cités ci-dessus (nº 2470, en note) sont en effet les plus anciens textes où on la rencontre. Mais on n'a pas pris garde que Bourjon présente cette maxime comme étant de doctrine courante. Il est fort éloigné d'employer le langage d'un *créateur*, d'un homme qui cherche à faire entrer une maxime nouvelle dans la pratique judiciaire de son temps ; il donne au contraire cette formule comme reçue et on lui fait un honneur immérité quand on la lui attribue.

B. — État actuel du droit

2474. Ce qu'a fait le Code. — Le Code civil a conservé presque sans changement les solutions acquises à la fin du XVIIIe siècle. Les auteurs du Code ont puisé dans les répertoires pratiques de Denisart, de Guyot et autres, qui étaient dans toutes les mains au moment de la Révolution. La règle

et les autres meubles, qui n'ont pas de suite, tellement qu'ils sont *présumés appartenir à ceux en la possession desquels ils se trouvent*, si ce n'est qu'il soit justifié que leur possession est furtive et de mauvaise foi » (Ricard, *Donations entre vifs*, 1re partie, nº 890).

(1) L'article dont s'était servi le Châtelet pour motiver sa décision a en réalité un sens différent : il règle seulement le conflit du déposant avec les autres créanciers du dépositaire : si la chose déposée existe encore, le déposant la reprend en nature ; si elle ne se retrouve pas en nature, le déposant est soumis comme les autres créanciers à la distribution par contribution. Cette disposition de la coutume est donc *étrangère aux rapports du déposant avec les tiers acheteurs.* Mais le Châtelet de Paris avait le désir de restreindre la revendication du propriétaire et son argument n'est qu'un *expédient.*

sur la possession des meubles leur a paru être une maxime banale, qu'ils ont maintenue, sans juger utile de donner sur elle aucune explication, tant elle était connue de tout le monde (PORTALIS, *Discours préliminaire*, dans FENET, t. I, p. 513 ; BIGOT DU PRÉAMENEU, *Exposé des motifs*, *ibid.*, t. XV, p. 600). Merlin dit de son côté : « Ce principe était universellement reconnu avant que l'art. 2279 C. civ. l'eût consacré » (*Questions de droit*, v° Donation, § 6, édit. de 1829, t. VI, p. 51). Malheureusement, la formule courante était obscure et traduisait mal les solutions données et leurs motifs réels. Le sens des articles actuels ne peut donc se comprendre que par l'histoire, sur laquelle il a fallu insister pour cette raison.

2475. Distinction de deux hypothèses. — Il y a ici quelque chose de bizarre : le rôle respectif des deux règles en présence est renversé dans le Code civil. On a vu que la suppression de la revendication au cas d'abus de confiance a été admise au XVIIIe siècle *à titre d'exception*, par dérogation à la règle qui était la liberté de la revendication en matière mobilière comme pour les immeubles. Dans le Code Napoléon, c'est cette absence de revendication qui est présentée, dans le premier alinéa de l'art. 2279, *comme étant la règle* ; la possibilité de revendiquer au cas de perte ou de vol n'a plus l'air que d'une exception : « Néanmoins... » dit le texte. — En réalité, il n'y a ni règle ni exception ; il y a deux séries d'hypothèses, dont chacune est régie par un principe différent.

Sur l'application de l'art. 2279 entre auteur et ayant cause, voyez t. III, n° 2543-II, en note.

1° Première hypothèse : Le meuble avait été confié à quelqu'un.

****2476. Possibilité de revendiquer entre les mains du détenteur précaire.** — La maxime « Possession vaut titre » a été inventée *pour protéger les tiers*, qui ont reçu le meuble du détenteur précaire à qui il avait été confié. Ni la tradition, ni les motifs de la loi ne permettent d'accorder le même bénéfice au *détenteur précaire* lui-même. En d'autres termes, la maxime a été introduite pour garantir les acquéreurs de bonne foi contre *l'action réelle* du propriétaire qui *suivait* le meuble entre leurs mains ; elle n'a pas été faite pour *libérer les débiteurs* des actions *personnelles* dont ils peuvent être tenus (Paris, 30 juin 1893, D. 94. 2. 501). Or le détenteur précaire est par définition obligé à restitution (ci-dessus, n°s 2311 et 2314) : libéré de l'action réelle en revendication, il ne resterait pas moins tenu personnellement de restituer la chose. La maxime ne le protège donc pas, et par suite *la revendication elle-même reste ouverte contre lui.* On peut le démontrer directement. La loi dit : « *Possession* vaut titre » ; or le détenteur précaire n'est pas *possesseur*, au sens vrai du mot : il n'a donc aucun droit au bénéfice de l'art. 2279, al. 1er.

***2477. Utilité de cette revendication.** — Il y a un grand intérêt à faire cette constatation, car le déposant, mandant, etc., ne sera pas réduit à agir contre lui par voie d'action personnelle, en se présentant *comme créancier* en vertu du contrat de dépôt, mandat, etc., ce qui le laisserait exposé au concours des autres créanciers du détenteur ; il pourra agir par voie de revendication, et reprendre en entier la chose qui lui appartient et qui ne figure pas réellement dans le patrimoine du détenteur et dans le gage de ses créanciers. La reven-

dication lui reste donc ouverte, non pas pour exercer un *droit de suite* contre des tiers acquéreurs de son meuble, mais pour exercer un *droit de préférence* contre les créanciers du détenteur.

Cette règle était déjà admise dans l'ancien droit. L'art. 182 de la Coutume de Paris disait que la *contribution* (concours avec les autres créanciers) n'avait pas lieu pour le propriétaire, quand « le dépôt » (la chose déposée) se retrouvait *en nature*, c'est-à-dire existait encore aux mains du dépositaire et n'avait pas été aliéné par lui.

****2478. Suppression de la revendication contre les tiers acquéreurs.** — Supposons maintenant que la chose confiée par le propriétaire a été *aliénée* par le détenteur précaire, et se trouve aux mains d'un tiers, un acheteur, par exemple. La loi dénie au propriétaire toute action contre ce tiers. Elle ne le dit pas clairement, mais l'histoire de notre ancienne jurisprudence montre que tel était le sens de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre », qui résumait sous une forme énigmatique des solutions précises et bien connues. La présence de cette maxime dans le Code équivaut donc au maintien en bloc de toute la jurisprudence antérieure. Pour donner à la loi une formule plus claire, on aurait dû dire quelque chose comme ceci : « *Meubles confiés à un tiers n'ont pas de suite.* »

****2479. Conditions requises chez les tiers acquéreurs.** — Pour repousser l'action du propriétaire, il faut remplir deux conditions. Le texte, en apparence, n'en exige qu'une : la *possession* ; il y en a une seconde, qui est sous-entendue : la *bonne foi*.

1° Possession. — « La *possession* vaut titre », dit le texte. Il faut donc être *possesseur*. Ceci exclut les personnes qui *n'ont pas encore* la possession, par exemple l'acheteur à qui la chose vendue n'a pas été livrée ; cet acheteur ne peut pas invoquer la maxime à son profit ; c'est, au contraire, la personne à laquelle la chose serait ensuite livrée à son préjudice par le vendeur, qui pourrait l'invoquer contre lui (art. 1141).

Le *fait même de la possession* peut quelquefois être *douteux*. La jurisprudence en offre des exemples intéressants pour les valeurs mobilières au porteur qui se trouvent après la mort d'une personne entre les mains de son conjoint ou concubin survivant, qui prétend les avoir reçues du défunt par *don manuel* ; la communauté d'habitation qui existait entre le donateur et le donataire peut jeter l'*équivoque* sur le fait matériel de la détention exclusive des valeurs par le survivant. Il y a là des difficultés délicates à résoudre dans la pratique (Pau, 1er avril 1890, D. 91. 2. 232 ; Lyon, 5 janv. 1891, D. 92. 2. 509 ; Nancy, 30 déc. 1891, D. 92. 2. 441).

Il y a également possession équivoque et insuffisante lorsqu'il s'agit de choses indivises entre le détenteur et d'autres personnes (Cass., 13 mai 1889, D. 90. 1. 273, S. 90. 1. 12. Comp. Cass., 30 mars 1898, D. 99. 1. 22, S. 98. 1. 489).

2° Bonne foi. — Il faut en outre que le possesseur soit de *bonne foi*. Cette condition n'est pas exprimée dans l'art. 2279, mais elle résulte de la *combinaison* de cet article avec un autre texte du Code. L'art. 1141, qui n'est qu'une application particulière de la règle générale contenue dans l'art. 2279, y met pour condition expresse que le possesseur soit de bonne foi. C'est bien aussi ce qui semble résulter des ouvrages du XVIIIe siècle :

Bourjon, par exemple, se fonde, pour justifier la règle, sur la « sûreté du commerce »; et quand il y apporte une exception, c'est pour permettre de revendiquer la chose volée « même contre un acquéreur de bonne foi ». C'est donc bien que la règle a été comprise dans les derniers temps comme protégeant uniquement les acquisitions faites de bonne foi.

Il est sûr, du reste, qu'elle n'a pas eu ce sens au moyen âge. Voyez les *Coustumes notoires* : « Meuble n'a point de suite, et mesmement quand il est tenu à juste titre et à bonne foi » (BRODEAU, *Coustume de Paris*, t. II, p. 531). *Et mesmement...* veut dire « et surtout »; donc à l'origine la règle était absolue.

***2480. Durée de l'action.** — Quelle est la durée de l'action quand elle est admise? Dans le silence des textes, aucune autre prescription que la prescription trentenaire ne peut être opposée au propriétaire. Ceci est du reste conforme à la tradition.

2481. Actions écartées par la loi. — L'art. 2279 est dirigé uniquement contre la *revendication du propriétaire*. C'est cette seule action qui est « rejetée », comme disait Bourjon. Il faut y joindre toutefois une autre action réelle, l'*action confessoire d'usufruit*. Si le meuble possédé par un acquéreur de bonne foi était grevé d'un droit d'usufruit, l'usufruitier ne serait pas plus admis que le propriétaire à évincer l'acquéreur. Qu'il s'agisse d'usufruit ou de propriété, ce sont toujours des actions de même nature, des *actions réelles* que l'article écarte.

2° Deuxième hypothèse : le meuble a été perdu ou volé.

****2482. Possibilité de revendiquer.** — Si la revendication est refusée au propriétaire du meuble qui s'en est dessaisi volontairement et qui a été victime d'un abus de confiance, elle lui est au contraire accordée au cas où le dessaisissement a été involontaire, c'est-à-dire au cas de *perte* ou de *vol* (1), et il en a été ainsi de tout temps, soit au XVIIIe siècle, soit même dans notre très ancien droit, où on lui donnait contre les tiers l'action de chose emblée ou l'action de chose adirée. Voyez ci-dessus, n° 2462.

a. — *Revendication contre l'auteur du vol ou de la trouvaille.*

***2483. Prescription de trente ans.** — En établissant une prescription de trois ans, la loi n'a songé qu'aux sous-acquéreurs. Le texte, il est vrai, semble proscrire toute distinction en établissant une règle unique, en permettant au propriétaire de revendiquer sa chose pendant trois ans « contre celui dans les mains duquel il la trouve ». Cependant on admet que l'art. 2279 est *étranger aux rapports du propriétaire avec le possesseur primitif*, qui lui a volé sa chose ou qui l'a trouvée, et on décide en conséquence que contre cette personne l'action du propriétaire dure trente ans.

***2484. Caractère de l'action.** — On enseigne souvent une opinion difficilement acceptable sur le caractère qu'il convient d'attribuer à cette action : on prétend que le propriétaire exerce contre l'auteur du vol ou de la trouvaille une *action personnelle*, parce que le seul fait du vol ou de l'intervention fait naître à la charge de son auteur une *obligation de restitution*.

Pour le vol, l'existence d'une obligation personnelle à la charge du voleur est certaine;

(1) Le vol est la *soustraction frauduleuse* de la chose d'autrui ; il ne dépouille pas le volé de sa propriété. Ce qui est dit du vol ne s'applique pas à l'*escroquerie*, non pas parce qu'il s'agit d'une exception, laquelle serait d'interprétation stricte ; on a vu au n° 2475 que cette idée est fausse ; mais bien parce que celui qui est victime d'une escroquerie consent une *aliénation* et cesse d'être propriétaire ; il ne peut donc être question pour lui d'une *action en revendication*.

mais on doit prendre garde qu'il s'agit alors de l'*action civile* (obligation de réparer le dommage causé par le fait délictueux) et que cette action est soumise par le Code d'instruction criminelle (art. 637 et 638) à une prescription particulière : trois ans en cas de vol simple (délit correctionnel), dix ans en cas de vol qualifié (crime). De ce côté, on n'aboutit donc nullement à donner à la victime du vol, contre son voleur, une action personnelle en restitution durant trente ans. Mais il est admis en droit pénal que la prescription établie par les art. 637 et 638 C. inst. crim., n'atteint que l'action civile née du délit, et non les actions en revendication ou autres que la victime peut avoir d'après le droit commun. L'extinction de l'action civile par prescription ne serait donc pas un obstacle à l'exercice ultérieur de la revendication, si celle-ci devait avoir une durée plus longue.

Pour les choses perdues, qui ont été découvertes fortuitement par autrui, il est tout à fait contraire aux principes traditionnels les plus élémentaires et les plus certains du droit, de voir dans le fait de *ramasser* l'objet et de le garder un principe générateur d'obligation ; il n'y a là rien de plus que la *possession de la chose d'autrui*, obtenue d'une manière qui n'est point illicite, et le seul fait de cette possession ne saurait engendrer d'autre action que l'action réelle en revendication. Si ce fait suffisait pour créer à la charge de l'inventeur une obligation personnelle de restituer, il faudrait dire que tout *possesseur* de la chose d'autrui est en cette qualité *débiteur*, ce qui ferait entrer la revendication dans la classe des actions personnelles. Il faut donc décider que l'action ouverte au propriétaire contre l'inventeur est l'action en revendication.

b. — *Revendication contre les sous-acquéreurs de bonne foi.*

***2485. Prescription de trois ans.** — Le droit moderne a adopté la prescription de trois ans pour l'extinction de l'action en revendication dans les cas de perte ou de vol de la chose (art. 2279, al. 2). Ce délai court du jour de la perte ou du vol (Cass., 5 déc. 1876, D. 77. 1. 165, S. 77. 1. 201).

C'est une *prescription extinctive*, qui repose uniquement sur l'écoulement du temps, et non une *usucapion* ou prescription acquisitive, qui supposerait la possession prolongée pendant ce laps de trois ans. Il en résulte que le possesseur actuel, ne fût-il en possession que depuis la veille, peut opposer la prescription, s'il y a trois ans que la chose a été perdue ou volée.

2486. Obligation d'indemniser l'acheteur dans certains cas. — Le Code a reproduit une règle déjà admise dans l'ancien droit, d'après laquelle le revendiquant est obligé, dans certains cas, d'indemniser le possesseur actuel en lui remboursant le prix qu'il a payé pour acquérir la chose (1).

Le Code civil a même élargi l'ancienne règle en accordant le droit au remboursement du prix à l'acheteur qui a acquis, non seulement à la foire ou au marché, mais aussi dans une *vente publique* ou d'un *marchand vendant des choses pareilles* (art. 2280). Cette disposition accorde au commerce une sûreté presque complète, et si la revendication des choses volées ou perdues

(1) Cette règle est fort ancienne. Dès le XIIIe siècle, Beaumanoir imposait cette obligation au propriétaire, quand la chose volée avait été achetée en plein marché par une personne de bonne foi (chap. XXV, nº 22). A une époque beaucoup plus rapprochée de nous, un arrêt du Parlement de Paris, du 7 février 1636, essayait d'arrêter par ce procédé les revendications mobilières admises à cette époque pour les choses aliénées par un dépositaire infidèle (BARDET, *Recueil d'arrêts*, Paris, 1690, t. II, p. 317). Mais cet arrêt ne fit pas jurisprudence, comme le prouve un autre arrêt du 5 mars 1637 (BARDET, p. 378), rendu en sens contraire. Voyez aussi DOMAT, *Droit public*, liv. III, tit. VIII, art. 10.

reste *théoriquement* possible, on peut dire que dans la pratique elle est à peu près supprimée par cette condition du remboursement du prix.

c. — *Revendication contre les sous-acquéreurs de mauvaise foi.*

2487. Prescription de trente ans. — Dans les cas exceptionnels où le tiers détenteur de la chose perdue ou volée l'a acquise de mauvaise foi, c'est-à-dire sachant bien quelle en était l'origine et que son auteur n'en était pas propriétaire, ce tiers acquéreur de mauvaise foi n'est pas admis à se prévaloir de la prescription abrégée de trois ans établie par l'art. 2279, al. 2, quoique cet alinéa ne fasse aucune distinction. Les règles restrictives de la revendication du propriétaire n'ont été admises au XVIIIe siècle qu'en faveur des tiers de bonne foi et pour donner au commerce la sécurité dont il a besoin ; la limitation de la durée de l'action à trois ans ne protège pas l'acquéreur de mauvaise foi. Un arrêt a même admis que la revendication est possible pendant trente ans contre celui qui *par dol* a cessé de posséder, solution nouvelle en droit français (Cass., 7 févr. 1910, D. 1910. 1. 201, P. et S. 1910. 1. 225).

3° Meubles soumis à ce régime.

a. — *Généralités.*

****2488. Pour quelle catégorie de meubles la règle est faite.** — La règle n'est faite que *pour les meubles corporels*, c'est-à-dire les *choses* mobilières : meubles meublants, statues, tableaux, objets fabriqués, argent monnayé. Par conséquent elle ne s'applique ni aux *meubles incorporels*, comme les *créances*, ni aux *universalités* de meubles, qui sont des choses abstraites et immatérielles. On peut réclamer [par la voie de la pétition d'hérédité] les successions purement mobilières contre ceux qui en sont possesseurs.

****2489. Meubles incorporels exceptionnellement soumis à la règle.** — Par exception, il y a des créances qui subissent l'application de la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre. » Ce sont celles qui sont constatées par des *titres au porteur* (1). Quand le titre du créancier est mis sous cette forme, la qualité de créancier appartient au porteur du titre ; la créance se confond avec l'écrit qui lui sert de preuve ; elle se transmet en même temps que lui, par une simple tradition, de la main à la main. De pareilles créances, étant pour ainsi dire *incorporées* dans un meuble matériel, sont traitées comme les autres meubles, et l'art. 2279

(1) On appelle « titre au porteur » un écrit constatant une dette et par lequel le débiteur s'engage à payer entre les mains de celui qui sera porteur du titre, quelle que soit cette personne, et sans lui demander aucune justification. Les *billets de banque*, qui sont remboursables en espèces aux guichets de la Banque de France sur présentation, sont des titres au porteur.

leur est applicable. Toutefois il existe pour les titres au porteur une législation spéciale expliquée ci-dessous, nos 2491 et suiv.

***2490. Meubles corporels exceptionnellement soustraits à la règle.** — En revanche, il est des meubles corporels pour lesquels la simple possession ne peut valoir titre. Ce sont :

1° Les *meubles du domaine public* (objets d'art des musées, manuscrits et imprimés des bibliothèques, etc.). Ces choses sont hors du commerce et non susceptibles de propriété privée. Leur possesseur ne peut donc se défendre en invoquant la maxime de l'art. 2279. On l'a jugé ainsi plusieurs fois, dès 1841 et 1846, pour des autographes de Molière qui avaient appartenu à la Bibliothèque nationale (Paris, 3 janv. 1846, D. 46. 2. 212). Pour les meubles du domaine public, la revendication n'est pas seulement permise, elle est *imprescriptible* (Trib. Lyon, 25 janv. 1899, D. 99. 2. 230).

2° Les *navires*, dont la propriété se transmet par écrit (art. 195 C. com.). D'ailleurs les raisons qui ont fait admettre la règle n'existent pas pour les navires ; ils ne changent pas aussi souvent de propriétaire que les autres meubles.

b. — *Règles spéciales aux titres au porteur.*

2491. Existence d'une loi spéciale. — Pour les titres au porteur perdus ou volés, il existe une loi spéciale, du 15 juin 1872, modifiée par une loi du 8 février 1902 (1), qui a organisé, au profit des propriétaires des titres, un moyen de se faire restituer dans la mesure du possible contre les effets de cette perte. Le danger qu'il court est double : D'une part, une *négociation* peut être faite *en Bourse*, qui ferait passer le titre aux mains d'un tiers porteur de bonne foi, lequel serait inattaquable aux termes de l'art. 2280, comme l'ayant acheté « dans un marché » ou « d'un marchand vendant des choses pareilles ». D'autre part, si le titre a été transmis de la main à la main, au lieu d'être vendu en Bourse, le porteur peut se présenter à la caisse de l'établissement débiteur et toucher les revenus échus, ou même le capital dans le cas où il est remboursable.

Jusqu'en 1872, la victime de la perte ou du vol n'avait aucune ressource appropriée à sa situation ; on lui appliquait les art. 2279 et 2280. Mais les événements de 1870 et 1871, au cours desquels de nombreux titres furent égarés, brûlés ou pillés, décidèrent le gouvernement à proposer une réforme qui devint la loi du 15 juin 1872.

2492. Système institué en 1872. — Contre le double péril auquel est exposé le porteur dépossédé, cette loi a institué un procédé original, dont l'idée première est due à M. Leveillé, professeur à la Faculté de droit de Paris (voyez l'*Exposé des motifs* de la loi). Une *notification* est adressée, d'une part, au syndic des agents de change de Paris, et de l'autre, à l'établissement débiteur : la première empêche la vente du titre ; la seconde empêche les paiements qui pourraient être faits à un tiers porteur (L. 15 juin 1872, art. 2 et 11). Cette notification, qui est un exploit d'huissier, est insérée dans un bulletin spécial, appelé « *Bulletin des oppositions* », publié par la Compagnie des agents de change de Paris et dont la création a été prescrite par la loi précitée. Sur ce bulletin, voyez le décret du 10 avril 1873.

Effet de l'opposition. — Nous n'avons pas à examiner ici les rapports entre le porteur dépossédé et l'établissement débiteur : ce sont des points qui concernent la libération des débiteurs et la validité des paiements, et qui rentrent, par suite, dans la théorie des *obligations*. La seule chose qui se rattache à l'art. 2279 est la *possibilité de revendiquer contre les tiers porteurs*. Sur ce point, l'art. 12 de la loi statue de la façon suivante : à partir du jour où le bulletin contenant l'opposition a pu parvenir dans une ville donnée, toute négociation du titre qui s'y fait ensuite, en Bourse ou hors Bourse, n'est pas opposable au porteur dépossédé. C'est ici que se rencontre la dérogation aux règles du droit civil : la revendication du meuble perdu ou volé est possible *même contre un acquéreur de bonne foi*. On peut dire

(1) Un commentaire de la loi du 8 février 1902 a été donné par M. Ambroise Buchère, dans *La Loi* du 17 mars 1902. Comp. Paris, 3 déc. 1902, S. 1904. 2. 289 et la note de M. Wahl. Voyez aussi Saleilles, *Théorie de l'obligation*, nos 283 et suiv.

qu'à partir du jour de l'arrivée du bulletin, la loi élève une présomption de mauvaise foi contre tout acquéreur du titre, et cette présomption est irréfragable, puisque sur son fondement la loi annule un acte, la négociation dont le titre a été l'objet (art. 1352).

NÉGOCIATIONS ANTÉRIEURES A L'OPPOSITION. — Pour les négociations antérieures à ce jour, on maintient l'application du Code : la négociation est valable et l'acquéreur n'est exposé à la revendication que dans les cas de perte ou de vol ; en outre, il conserve le droit de se faire indemniser par le revendiquant dans les cas prévus par l'art. 2280.

TITRES RÉGIS PAR LA LOI. — Le régime institué en 1872 ne s'applique pas indistinctement à toute espèce de titres. Sont exclus :

1° Les *billets de banque* qui font l'office de monnaie, et ne peuvent donner lieu à aucun recours.

2° Les *rentes sur l'État* et les autres titres au porteur émis par l'État.

A la différence de la première cette seconde exception est fort critiquée. L'État s'est réservé ici une irresponsabilité et une liberté d'action, par des motifs purement égoïstes, pour ne pas compliquer sa comptabilité ni gêner ses agents. Mais, dans la pratique, cette rigueur de la loi est tempérée par l'Administration, qui consent à tenir compte, *à titre purement officieux*, des oppositions qui lui sont adressées.

PRÉCAUTION A PRENDRE. — Tout ce système suppose que le porteur dépossédé a conservé *la liste des numéros* de ses titres, car l'indication des numéros des titres perdus est un élément indispensable de l'opposition à publier dans le bulletin. Sur les énonciations que cette opposition doit contenir, voyez l'art. 2 de la loi.

4° Explication théorique de la règle.

***2493. Comment se pose la question.** — Le possesseur d'un meuble, protégé par l'art. 2279, est à l'*abri de toute revendication*, hors les cas de perte ou de vol. Il conserve la chose, alors même qu'il serait démontré, en fait, que celui qui la lui a transmise n'en était pas propriétaire. *Par quel principe de droit peut-on justifier cette solution?* Quelle en est l'explication juridique? Trois moyens ont été proposés.

****2494. Explication par l'idée d'une prescription.** — Quelques-uns veulent que l'art. 2279 établisse au profit des possesseurs de meubles une *prescription instantanée*. Leur seul motif est que l'art. 2279 est placé dans le Code civil à la suite des règles sur l'usucapion et sous la rubrique « De quelques prescriptions particulières ». Mais l'idée d'une prescription instantanée est un non-sens, puisque, par *sa définition même*, la prescription est une *durée*, un intervalle rempli par *une possession prolongée*. Les deux mots qu'on réunit ainsi sont contradictoires et se détruisent mutuellement : l'instantanéité est aussi incompatible avec la prescription que le mouvement l'est avec l'immobilité. Bourjon, avec son bon sens, était dans le vrai, quand il disait : « La prescription n'est d'*aucune considération* quant aux meubles, puisque, par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait. »

***2495. Explication par l'existence d'une manière d'acquérir spéciale.** — D'autres, reconnaissant que l'idée d'une prescription instantanée n'est pas soutenable, interprètent l'art. 2279 comme créant une manière spéciale d'acquérir : celui qui reçoit de bonne foi un meuble d'une personne qui n'en est pas propriétaire, en acquiert immédiatement la propriété par l'effet de la loi. C'est un cas d'acquisition *lege*, qui ressemble à l'*occupation*

en ce qu'elle constitue une attribution immédiate de la propriété, et qui en diffère en ce qu'elle s'applique à des choses ayant un maître et déjà appropriées. Ceci est vrai, mais si l'on s'en tient là, on se borne à constater le *résultat pratique* de l'article, on n'en explique pas le *mécanisme*. Or il est possible d'en donner l'explication.

****2496. Explication par l'idée d'une présomption légale.** — Dans la théorie la plus répandue, et que je crois vraie, l'art. 2279 crée au profit du possesseur une *présomption de propriété* et cette présomption ne souffre pas la preuve contraire, puisque, sur son fondement, la loi *dénie l'action en justice* (ci-dessus, nos 359 et 360). La revendication mobilière est écartée, et par suite la disposition générale de l'art. 1352 doit s'appliquer : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi... »

Au lieu de prendre dans les auteurs anciens l'adage « En fait de meubles, la possession vaut titre », on aurait tout aussi bien pu tirer de certains passages de leurs livres cette autre formule : « Le propriétaire d'un meuble, qui s'en est dessaisi volontairement, n'est pas admis à le revendiquer contre le possesseur de bonne foi », qui en donne exactement le sens.

CHAPITRE V

DE LA COPROPRIÉTÉ

§ 1. — *De l'indivision.*

A. — Notion générale.

****2497. Définition.** — Une chose appartenant à plusieurs copropriétaires est dans l'indivision *lorsque le droit de chaque propriétaire porte sur l'ensemble* (et non sur une portion déterminée) *de la chose commune*. La part de chacun n'est donc pas une part matérielle, mais *une quote-part* s'exprimant par un chiffre : un tiers, un quart, un dixième. C'est le *droit* de propriété qui est partagé entre eux ; la *chose* ne l'est pas, elle est *indivise*. On doit se représenter le droit de chaque copropriétaire comme frappant chaque molécule de la chose et y rencontrant le droit de ses copropriétaires pour la quotité qui appartient à ceux-ci.

Le *nombre des copropriétaires* n'a pas de limite théorique ; mais en fait, la plupart des indivisions existent entre personnes peu nombreuses. Les *parts* de chacun dans la propriété commune peuvent être *égales* ou *inégales*. S'il n'y a inégalité, elle peut être aussi grande qu'on voudra.

****2498. Comment l'indivision prend fin.** — L'état d'indivision prend fin par le *partage*, qui attribue à chaque propriétaire une *part divise* dans la chose au lieu de la part indivise qu'il avait précédemment. La *part*

matérielle qui est attribuée à chacun doit avoir une valeur proportionnelle à celle de la *part abstraite* qu'il avait dans le droit de propriété sur cette chose. Le partage *localise* donc le droit de propriété. Les copropriétaires obtiennent des choses moindres que la chose totale, mais qui ont l'avantage d'être des propriétés franches, où le droit de chacun n'est plus limité par la coexistence de droits rivaux. Le partage est donc un acte juridique qui a pour fonction propre de faire cesser l'indivision en séparant la chose en *parts* ou *lots*.

D'autres faits peuvent produire le même résultat. Par exemple, s'il y a deux indivisaires et que l'un d'eux *vende* ou *donne* à l'autre sa part dans la chose commune, l'indivision a pris fin, et il n'y a pas eu de partage. Il en est de même si l'un des indivisaires *succède* à l'autre. On peut encore employer un autre moyen : les indivisaires peuvent s'entendre pour vendre en *même temps* toutes leurs parts à un *acquéreur unique*. Dans toutes les hypothèses de ce genre, le partage est inutile, parce que le fait qui met fin à l'indivision s'attaque à la cause même qui le rendait nécessaire ; il a fait disparaître la *pluralité de propriétaires* en concentrant le droit de propriété sur une seule tête.

B. — Diverses espèces d'indivision.

***2499. Indivisions sans durée préfixe.** — Celles-ci forment la règle. En principe, l'indivision est un état essentiellement temporaire, n'ayant pas de durée obligatoire, et destiné à cesser d'un jour à l'autre par un partage. Telles sont l'indivision qui se produit entre *cohéritiers* appelés à une même *succession*, et celle qui existe entre époux *après la dissolution de la communauté conjugale*. Telle a été encore pendant toute la durée du XIXe siècle la condition des *terres vaines et vagues de Bretagne* (1).

***2500. Indivisions à durée conventionnelle.** — Une convention peut placer des biens dans l'état d'indivision pour un temps plus ou moins long. L'exemple principal est actuellement la *communauté conjugale* qui forme une véritable indivision, et qui dure sans partage possible, jusqu'à la dissolution du mariage ou jusqu'à la séparation de corps ou de biens. On pouvait jadis citer aussi les *sociétés civiles*, qui n'étaient pas reconnues comme formant des personnes fictives, et dont l'actif était indivis entre les associés ; mais la jurisprudence leur reconnaît depuis 1891 la personnalité comme aux sociétés commerciales (ci-dessous, n° 3041-4°) ; leur actif n'est donc plus dans l'indivision.

(1) Les terres vaines et vagues de la Bretagne ont offert à notre époque un exemple tout à fait remarquable d'indivision, régi par une législation spéciale. La loi du 28 août 1792 sur les biens communaux contenait dans son art. 10 une disposition particulière pour les cinq départements bretons. Aux termes de cet article, la propriété des biens communaux, au lieu d'être attribuée, comme dans le reste de la France, à la communauté des habitants en général, était réservée à ceux qui se trouvaient à cette époque « en possession du droit de communer », c'est-à-dire qui se servaient de ces terres soit pour y couper des ajoncs, de la bruyère et du bois, soit pour y mener pâturer leurs bestiaux. La loi transformait en un droit de propriété un simple droit de *pacage*, qui jusque-là ne s'était exercé qu'à titre de servitude (voyez deux arrêts de la Cour de cassation dans Sirey, 1844. 1. 404). D'immenses quantités de terres se trouvèrent ainsi placées dans un état d'indivision, perdues pour la production, échappant en grande partie à l'impôt. En 1850 on les évaluait à 72 000 hectares (Avis du Conseil d'État, du 26 janvier 1850). On prit alors des mesures pour en *faciliter* et en *réglementer le partage* (L. 6 décembre 1850). Cette loi est une loi de *pure procédure;* il a été convenu que les droits des communes et des particuliers, tels qu'ils pouvaient dériver de la loi de 1792, n'étaient nullement modifiés. Cependant la loi menaçait de déchéance les intéressés qui ne réclameraient pas leur part dans le délai de vingt ans. Ce délai, qui devait expirer en 1870, a été prorogé par quatre lois successives, de dix ans en dix ans (Lois du 3 août 1870, du 1er janvier 1881, du 30 décembre 1890, du 30 décembre 1900) ; il reste encore deux ou trois mille hectares à partager. — Ces partages ont donné lieu dans toute la Bretagne à d'innombrables difficultés.

Entre *cohéritiers*, la loi permet de convenir qu'on restera dans l'indivision pendant une durée qui ne peut excéder *cinq années*, mais la convention peut être renouvelée (art. 815, al. 2).

***2501. Indivisions perpétuelles.** — Il y a des cas où l'indivision est destinée à durer toujours, et où le partage ne peut jamais être demandé. C'est ce qu'on appelle l'*indivision forcée*. Les hypothèses dans lesquelles on rencontre cette espèce perpétuelle d'indivision sont, au point de vue théorique, exceptionnelles et peu nombreuses, mais, en fait, elles sont représentées par des *exemples* innombrables.

Principaux cas. — L'indivision forcée porte toujours sur des choses qui sont destinées au service commun de plusieurs propriétés .Telles sont :

1° Les *ruelles*, *passages*, *allées* et *cours communes* à plusieurs maisons ;

2° Le *sol* et *certaines parties* des maisons divisées par étages entre plusieurs propriétaires (ci-dessous, n° 2940) ;

3° Les *murs*, *haies* et autres *clôtures mitoyennes*. Cette catégorie est de beaucoup la plus commune parmi les choses indivises à perpétuité. Elle fera l'objet d'une étude à part (n°s 2507 et suiv.).

Condition nouvelle des chemins d'exploitation. — Jusqu'en 1881, on pouvait citer en outre, comme un quatrième exemple, presque aussi fréquent que les clôtures mitoyennes, les *chemins* ou *sentiers d'exploitation*, si nombreux dans les campagnes. Ces chemins proviennent en général de la division en parcelles d'une propriété plus étendue, quand on y ménage, pour le service des différentes parties, des voies de communication intérieure donnant accès à la voie publique. Autrefois, on les considérait comme étant dans l'indivision sur toute leur longueur ; c'était des fragments de la propriété primitive qui n'avaient pas été compris dans le partage. On tirait de là plusieurs *conséquences* importantes (note dans Sirey, 1866. 1. 193), entre autres celle-ci : le *droit de passage* s'exerçait *à titre de propriétaire* ; par suite, l'un des intéressés pouvait s'abstenir d'en user pendant plus de 30 ans sans avoir à craindre l'effet de la prescription, puisque c'était pour lui une pure faculté et que la propriété ne se perd pas par le non-usage. Le nouveau Code rural (L. 20 août 1881, art. 33) a changé entièrement la situation juridique de ces chemins. Toutes les fois que la condition du chemin ne résulte pas d'un titre, les divers ayants-droit sont propriétaires du chemin « chacun en droit soi » ; *l'usage* seul en est commun. Chacun passe donc sur la part des autres à titre de servitude, ce qui renverse presque toutes les conséquences anciennement admises.

***2502. Comparaison des diverses formes d'indivision.** — Sous sa première forme, sans durée fixe, l'indivision ne présente que des *inconvénients*. Elle est un obstacle à la bonne exploitation des biens indivis. Chaque fois qu'un des communistes propose une *innovation* ou une *amélioration*, il risque de rencontrer de la part des autres une résistance, un mauvais vouloir, une défiance ; et quand cette résistance se produit, elle est *invincible*, parce que le concours de tous est nécessaire pour le moindre changement. Un seul des copropriétaires ne peut donc pas disposer de la chose commune, transformer, par exemple, le mode de culture, parce qu'il est obligé de respecter le droit des autres qui est égal au sien. « Qui a compagnon a maître », disait Loysel (*Institutes coutumières*, n° 379). Aussi la loi appelle-t-elle de tous ses vœux le partage qui rendra à chacun sa liberté. C'est pour cela qu'elle ne permet pas de convenir qu'on restera dans l'indivision pendant plus de cinq ans.

Sous sa seconde forme, l'inconvénient est moindre, parce que l'indivision qui se produit alors est déjà un fait *organisé*. Ainsi, pendant la durée de la communauté, la gestion des biens communs est confiée au mari seul ; ses pouvoirs sont déterminés. L'indivision n'est donc plus une immobilisation stérile de la propriété.

Enfin, sous sa troisième forme, l'indivision devient une nécessité ; les communistes ne pourraient pas s'en passer, et c'est pourquoi la loi les force à y rester indéfiniment en interdisant le partage.

§ 2. — *Étude spéciale de la mitoyenneté.*

2503. Faible intérêt théorique. — La mitoyenneté fait naître dans la pratique d'innombrables procès. Elle soulève des questions si nombreuses que leur simple énoncé dépasserait de beaucoup la place qu'elle mérite de tenir dans une étude générale du droit (voyez MASSELIN, *Nouvelle jurisprudence et traité pratique des murs mitoyens*, 4e édit., Paris, 1883-1888). L'intérêt doctrinal de toutes ces questions est très faible ; il convient donc de donner une simple esquisse des principales règles.

***2504. Définition.** — La mitoyenneté est une forme spéciale de l'indivision qui ne s'applique qu'aux clôtures. Il y a mitoyenneté *lorsque la clôture, mur, haie, fossé ou autre, appartient indivisément aux deux propriétaires qu'elle sépare.* Le mur qui n'est pas mitoyen s'appelle « mur privatif ».

Rigoureusement, le mur mitoyen devrait être considéré comme partagé en deux dans le sens de sa hauteur par un plan vertical élevé sur la ligne séparative des deux fonds, et chaque propriétaire devrait posséder en propre la moitié qui se trouve de son côté et qui porte sur son terrain. Mais, comme le fait remarquer Pothier, on s'est écarté de cette « subtilité » (*Du quasi-contrat de communauté*, n° 199). Les deux parties du mur mitoyen étant inséparables, on considère le mur comme étant réellement dans l'indivision, et commun aux deux parties sur toute son épaisseur.

2505. Étymologie. — Le mot « mitoyen » ne vient pas, comme on le dit souvent, de « moi et toi ». C'est chercher l'étymologie par l'imagination sans s'astreindre à suivre dans la langue la transformation des mots. « Mitoyen », dont la forme ancienne est « moitoien », en latin *medietaneus* (XIIe siècle), se rattache au mot *moitié*, comme les mots « métairie », « métayer », dont les formes anciennes sont « moitoierie », « moitoier ». Voyez tous ces mots et leurs variantes dans le *Dictionnaire de l'ancienne langue* de Godefroy. Le métayer est celui qui a la moitié des fruits de la terre qu'il cultive, comme le mur mitoyen est celui qui appartient par moitié à deux propriétaires.

2506. Histoire. — La communauté des murs de séparation était extrêmement rare chez les Romains. Cette rareté tenait à une antique habitude, qui se trouvait déjà sanctionnée dans la loi des XII Tables. Chaque propriétaire était obligé, en bâtissant, de laisser un espace entre ses constructions et la propriété de son voisin. Cet intervalle (*spatium legitimum*) variait, suivant les temps et les lieux, de 2 pieds et demi jusqu'à 12 et même 15 pieds, Les textes anciens s'en occupent fréquemment (voyez MAYNZ, *Cours de droit romain*, Table des matières, v° *quinque pedes*). Cet usage donnait aux villes antiques l'aspect d'un groupement d'îlots, *insulæ*, séparés par d'étroites ruelles, *ambitus*. On rencontre cependant quelques textes relatifs à des murs communs, *paries communis*, ce qui prouve que l'habitude de bâtir par îlots n'était pas universelle, mais nous ne possédons aucun détail sur ce genre de communauté.

C'est en France, *dans les provinces coutumières*, que la mitoyenneté s'est développée. Les coutumes contenaient sur ce sujet de nombreuses dispositions, entre autres la coutume de Paris (art. 195 à 214). Pothier s'en était occupé (*Du quasi-contrat de communauté*, nos 199 à 220).

A. — Mitoyenneté des clôtures.

1° Preuve de la mitoyenneté.

2507. Preuve par titres. — Les questions de mitoyenneté sont une cause perpétuelle de contestations entre voisins, surtout pour les murs dont la construction est ancienne. Comment prouver qu'un mur de séparation est mitoyen ou qu'il ne l'est pas? Régulière-

ment ce devrait être par un *titre*, mais souvent le titre est perdu ; souvent même il n'y en a jamais eu. De plus, quand les titres de propriété s'occupent des murs, ils ne sont pas toujours opposables au voisin. Ainsi l'acte d'achat de mon terrain porte qu'il est borné de tel côté d'un mur mitoyen. *Cet acte ne fait pas preuve contre mon voisin*, car il n'émane pas de lui ; mon vendeur a pu s'attribuer à lui-même un droit qu'il n'avait pas. Pour être opposable aux deux voisins, il faut que le titre soit signé de leurs deux auteurs ou émané d'un auteur commun. Par exemple, une personne, qui était autrefois propriétaire des deux terrains, a vendu l'un et s'est réservé la propriété exclusive du mur de séparation.

2508. Prescription. — A défaut de titre, la *prescription* pourra quelquefois trancher la question. S'il y a plus de trente ans que le mur est possédé en commun par les deux voisins ou exclusivement par l'un d'eux, il sera, suivant les cas, mitoyen ou privatif.

2509. Marques de mitoyenneté. — Quand le titre et la prescription font défaut, la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté peut encore se reconnaître à certains *signes* : le propriétaire qui bâtit un mur sans le concours de son voisin ne le bâtit pas comme s'il était mitoyen ; il s'arrange de façon à faire verser entièrement sur son terrain l'eau pluviale qui tombera sur le sommet du mur ; l'égout des eaux pluviales est une charge qu'il ne peut rejeter, même partiellement, sur autrui. Le mur sera donc d'un côté tout droit et à plomb de son parement, tandis que de l'autre son sommet présentera une pente sur toute son épaisseur (art. 654). Cette pente est ordinairement terminée par un *filet* ou *larmier*, formé de tuiles ou de pierres plates engagées dans le mur et destinées à protéger les arbres en espalier. De même, quand c'est un fossé qui forme clôture, le propriétaire qui le creuse entièrement sur son terrain rejette de son côté toutes les terres qu'il en retire. Ce talus indique que le fossé appartient en entier au propriétaire du côté duquel il se trouve (art. 666). Ce sont là des *marques de non-mitoyenneté* ; ce ne sont pas les seules. Il peut y en avoir d'autres qui varient suivant la nature des clôtures et l'usage des lieux. Le législateur n'a pas entendu établir à cet égard des règles limitatives.

2510. Présomption de mitoyenneté. — Ces marques ne suffisent pas encore, car souvent elles manquent elles-mêmes. La loi vient alors au secours des propriétaires en établissant quelques *présomptions de mitoyenneté*, qui dans certaines circonstances dispenseront de toute recherche. Sont présumés mitoyens les murs servant de séparation :

1° *Entre bâtiments* (art. 653). — Jusqu'à « l'héberge » (1), dit la loi, c'est-à-dire jusqu'à la partie supérieure du bâtiment le moins élevé ;

2° *Entre cours et jardins* (art. 653). — Quoique la question soit discutée, je suis convaincu que la loi entend parler ici de terrains entièrement clos ;

3° *Entre enclos dans les champs.* — Ici la présomption s'applique non seulement aux murs, mais à toutes clôtures, haies, fossés ou autres.

La présomption a été généralisée pour les enclos situés en pleins champs par la loi du 20 août 1881. Les textes primitifs du Code ne parlaient que des murs (art. 653), des fossés (art. 666) et des haies (art. 670). L'art. 666 nouveau emploie l'expression générale « clôture », qui comprend même les simples palissades ou treillages.

Ces présomptions sont les seules que la loi ait établies, et elles ne peuvent pas être étendues : toute présomption légale s'interprète toujours restrictivement. Ainsi un mur situé entre un bâtiment et une cour n'est pas présumé mitoyen.

Elles tombent du reste quand il y a *titre* ou *marque* du contraire (art. 653 et 666) ou *prescription* (art. 666). Avant la loi de 1881, le texte parlait non pas de prescription, mais de « possession suffisante » pour faire tomber la présomption de mitoyenneté (art. 670 ancien). On se demandait si la simple possession annale était suffisante. La loi nouvelle a tranché la question négativement en exigeant la prescription.

(1) *Héberge*, forme altérée de *Herberge*, mot d'origine germanique, qui voulait dire « lieu où l'on loge ». Nous en avons fait *auberge*, et les Italiens *albergo*. On ne cite aucun autre exemple de ce mot pris dans le sens de « toit », qu'il a ici. Comp. Coutume de Paris, art. 194 et 205.

2° Condition des clôtures mitoyennes.

2511. Droits des copropriétaires d'une clôture mitoyenne. — Supposons d'abord que cette clôture est un mur. Chacun des deux copropriétaires a l'usage exclusif de la face qui se trouve de son côté, et il peut en user librement, si l'usage qu'il veut en faire n'est pas de nature à gêner son copropriétaire ; il peut, par exemple, y appuyer des espaliers ou des constructions légères. S'il s'agit de travaux plus importants, la loi lui permet d'y enfoncer des poutres, d'exhausser le mur, et même de le démolir entièrement pour le reconstruire, s'il n'est pas assez fort pour supporter l'exhaussement (art. 657 à 659). Naturellement les frais entraînés par ces travaux sont entièrement à la charge de celui qui construit, ainsi que la réparation des dégâts matériels qu'ils ont pu causer au voisin. Les art. 657 à 659 accordent au copropriétaire qui veut bâtir un droit absolu et l'autorisent à se passer du consentement de son voisin, mais l'art. 662 l'oblige à s'entendre avec lui pour les précautions à prendre, et, sur son refus, à les faire régler par experts, et l'art. 658 lui impose une indemnité dite de *surcharge*.

Aucun des copropriétaires n'a le droit d'ouvrir dans le mur des jours, même à verre dormant, sans le consentement de l'autre (art. 675). Ce n'est pas que ces jours soient gênants par eux-mêmes, puisque la loi les tolère dans les murs non mitoyens ; mais ils sont contraires à la destination du mur mitoyen qui est de clore à la fois les deux héritages. — Si ces ouvertures ont été pratiquées à une époque où le mur n'était pas mitoyen, et où, par conséquent, son propriétaire avait le droit de le faire, le voisin a le droit de demander qu'ils soient bouchés quand il aura acquis la mitoyenneté du mur. On voit souvent un propriétaire acheter la mitoyenneté du mur qui le touche, uniquement afin de se débarrasser des ouvertures qui s'y trouvent.

Lorsque la clôture est un fossé ou une haie, celui qui veut bâtir un mur à la place a le droit de la supprimer jusqu'à la ligne séparative des deux fonds, à la charge de construire son mur sur cette limite (art. 668). Toutefois, si ce fossé sert à l'écoulement des eaux, la loi n'en permet pas la suppression, parce qu'il a une destination particulière que ne remplirait pas une autre clôture.

2512. Charges de la mitoyenneté. — Elles se résument en une seule : l'*entretien à frais communs* de la clôture commune (art. 655, 656 et 667).

2513. Faculté d'abandon. — L'obligation d'entretenir le mur mitoyen est parfois assez lourde, par exemple lorsque le mur a besoin d'être entièrement reconstruit. La loi accorde à chacun des copropriétaires le droit de s'en affranchir en renonçant à sa part de propriété dans la clôture et dans le terrain qu'elle occupe (art. 656 et 667). Cette *faculté d'abandon* s'explique par la nature de l'obligation dont sont tenus les copropriétaires : ils ne sont pas obligés personnellement, mais seulement à cause de la chose qui leur appartient (*propter rem*). Leur obligation cesse donc quand ils cessent d'être propriétaires. Comp. ci-dessus, n° 2368.

La faculté de se soustraire aux charges de la mitoyenneté par une renonciation n'appartient pas toujours aux copropriétaires du mur. Ils n'y peuvent pas recourir : 1° lorsque le mur soutient un bâtiment qui leur appartient (art. 656) ; 2° lorsqu'il s'agit d'un fossé qui sert à l'écoulement des eaux (art. 657). Ces deux exceptions se justifient parce que le propriétaire continuerait en fait à jouir du mur ou du fosssé, même après l'abandon de son droit ; il est donc juste qu'il ne puisse pas en décliner les charges.

Une troisième exception devrait être admise pour les murs de clôture qui se trouvent dans les *villes* et leurs *faubourgs*. On a vu déjà (n°s 2388 et 2390) que, dans ces endroits, chaque propriétaire peut contraindre ses voisins à contribuer à la construction des murs quand il désire se clore. Il y a ici un conflit entre deux dispositions de la loi : l'art. 663 oblige les propriétaires non seulement à *élever* la clôture à frais communs, mais même à contribuer aux *réparations* de la clôture commune ; l'art. 656 permet à l'un des copropriétaires du mur mitoyen de se dispenser de « contribuer aux réparations » en abandonnant sa part du mur. Le seul moyen de concilier ces deux textes est de reconnaître qu'ils s'appliquent séparément à deux hypothèses différentes, à deux espèces d'héritages ; l'art. 656 à ceux dont la clôture

est libre, l'art. 663 à ceux dont la clôture est forcée. Cette interprétation paraît claire. On a peine à croire qu'elle ne soit pas universellement admise, et cependant la Cour de cassation casse invariablement toutes les décisions judiciaires qui font cette distinction (26 juill. 1882, D. 83. 1. 342, S. 84. 1. 79). Elle se fonde sur ce que l'art. 656 est général et accorde la faculté d'abandon à tout propriétaire d'un mur mitoyen. Mais l'art. 663 n'est-il pas également absolu dans ses termes? Pourquoi ne pas reconnaître qu'il établit une règle spéciale aux héritages urbains, dérogeant pour eux à l'art. 656 qui lui est antérieur?

3° Faculté d'acquérir la mitoyenneté des murs.

***2514. Le principe et son motif.** — Tout propriétaire, dont le terrain est bordé par un mur appartenant privativement au voisin, a le droit d'acheter la mitoyenneté de ce mur (art. 661). Il jouit donc contre son voisin d'un véritable *droit d'expropriation*, car celui-ci ne pourrait pas s'y refuser. Il est vrai que la plupart du temps le voisin ne demandera pas mieux que de consentir cette cession, qui se traduit pour lui par une rentrée partielle de ses déboursés. Du reste ce droit n'est pas, à vraiment parler, une expropriation pour cause d'*utilité privée*; il est fondé sur une raison d'intérêt général, car il a pour but d'éviter une perte de terrain, de main-d'œuvre et de matériaux. Si chaque propriétaire qui veut se clore ou bâtir était obligé de construire un mur à côté de celui de son voisin, on aurait ainsi deux murs, là où un seul peut suffire.

***2515. Cas d'application.** — L'art. 661 est inapplicable aux clôtures autres qu'un mur, car il ne parle que des murs, et son motif fait défaut pour les autres espèces de clôtures. La Cour de cassation avait eu plusieurs fois à juger la question; le nouvel article 668 l'a tranchée formellement, en refusant au voisin le droit d'acquérir la mitoyenneté d'une haie ou d'un fossé. Même pour les murs, il faut une condition particulière : il faut que le mur soit *bâti sur la limite extrême du terrain*, car le texte dit : « Tout propriétaire *joignant* un mur... » Si le mur a été construit en retrait, la condition voulue par la loi fait défaut : le propriétaire voisin ne joint pas ce mur. Il se peut d'ailleurs que le constructeur du mur ait besoin de cet espace libre pour un passage, ou pour se réserver la faculté d'ouvrir des vues dans son mur. Il en serait de même si cette bande de terre avait été laissée uniquement afin d'empêcher les propriétaires voisins d'acquérir la mitoyenneté du mur (Cass., 26 mars 1862, D. 62. 1. 175, S. 62. 1. 474), car celui qui s'enclôt de cette façon use de son droit et ne fait fraude à personne.

La loi ne distingue pas si le mur se trouve en pleins champs ou dans une ville, si c'est un mur de jardin ou la paroi d'un bâtiment. Elle dit en termes généraux : « *tout propriétaire* joignant un mur... » La loi facilite même l'acquisition de la mitoyenneté, car elle permet au voisin de limiter lui-même à sa convenance la portion qu'il veut acquérir : « ... le rendre mitoyen *en tout ou en partie.* » Cette faculté sera surtout utile à celui qui achète la mitoyenneté pour construire et qui ne veut utiliser qu'une partie de la muraille en longueur ou en hauteur.

***2516. Conditions de l'acquisition.** — Pour acquérir la mitoyenneté, le voisin doit payer 1° le prix de la moitié du mur, 2° la valeur de la moitié du terrain sur lequel porte ce mur, le tout calculé sur l'étendue qu'il veut rendre mitoyenne. Pour déterminer la hauteur, on compte à partir des fondations.

***2517. Qui peut user de cette faculté.** — La loi accorde le droit d'acquérir la mitoyenneté « au propriétaire ». On reconnaît en général, que le propriétaire n'est pas seul investi de cette faculté; ceux qui ont des droits sur le terrain nu, notamment l'*usufruitier* et l'*emphytéote*, peuvent de même que lui obtenir la mitoyenneté. Il y a cependant des dissentiments sur ce point (Laurent, t. VII, n° 514).

Quant au simple *locataire* ou *fermier*, qui n'a qu'un droit personnel de jouissance, on lui refuse la faculté établie par la loi pour le « propriétaire ». Voyez les considérants d'un arrêt de la Chambre civile, 27 juin 1892, D. 92. 1. 379, S. 92. 1. 447.

***2518. Caractères juridiques de l'opération.** — La cession de la mitoyenneté est une *opération de nature mixte*, qui tient à la fois de la *vente* et de l'*expropriation*; les règles qu'on lui applique sont un mélange des règles de l'une et de l'autre. Ainsi la cession n'étant

pas *volontaire*, on admet en général qu'il n'y a pas lieu à *garantie pour vice de construction*; le propriétaire cède son mur dans l'état où il est; c'est au voisin à s'assurer que ce mur est propre à l'usage qu'il veut en faire. En cela, la cession ressemble à l'expropriation. D'autre part, le propriétaire du mur possède, en cas de non-paiement du prix, *les mêmes garanties qu'un vendeur* : il peut exercer l'*action en résolution*, et il jouit contre les autres créanciers de l'acquéreur du *privilège* que la loi accorde au vendeur d'immeubles.

***2519. Des constructions élevées sans acquisition préalable de mitoyenneté.** — Les spéculations qui se font dans Paris sur la construction de maisons neuves, que des entrepreneurs ou des sociétés bâtissent pour les revendre le plus vite possible, ont fait naître des difficultés nouvelles. Souvent le constructeur bâtit sans avoir acheté la mitoyenneté des murs qui le touchent, puis il disparaît après avoir vendu sa construction; ou bien la construction est faite pour quelqu'un qui tombe en faillite sans avoir payé le prix de la mitoyenneté. On s'est posé à ce sujet diverses questions. Le propriétaire du mur qu'on a utilisé indûment a-t-il des droits contre l'acquéreur de la maison neuve? Peut-il encore poursuivre le constructeur, bien que celui-ci ait vendu sa propriété? Si tous deux sont ses débiteurs, sont-ils solidaires? Au cas de faillite du constructeur, le propriétaire du mur est-il astreint à la publicité afin de conserver son privilège et son action en résolution?

Divers systèmes ont été proposés pour protéger le propriétaire du mur contre ces dangers multiples. On se heurtait à une difficulté; *jamais* ce propriétaire n'a pris d'inscription à son profit pour garantir le paiement d'un prix d'achat, qui n'a même pas été fixé, *aucune convention* n'étant intervenue entre lui et le constructeur pour la cession de mitoyenneté. Finalement on s'est arrêté à l'idée suivante qui paraît bien être la vérité : le constructeur a commis une *usurpation*, une simple voie de fait, en appuyant sa construction sur un mur qui ne lui appartenait pas; par suite la *propriété entière* de ce mur a été conservée par son voisin. Si celui-ci veut obtenir le prix de la mitoyenneté, il ne peut pas se présenter comme *créancier*, puisque la cession de la moitié du mur, qui aurait fait naître la créance du prix, n'a pas eu lieu; il doit se présenter comme *propriétaire* et exercer l'*action en revendication*, action qui n'est soumise à aucune condition de publicité. Il réclame la restitution de son mur, ce qui entraînerait la démolition de la construction qui y a été appuyée sans droit. Il est facile de prévoir que le propriétaire actuel, quel qu'il soit (ou ses créanciers, s'il est en faillite), s'empressera d'acquérir la mitoyenneté; le moyen qu'on emploie pour l'y contraindre est assez énergique (Cass., 10 avril 1889, D. 89. 1. 321, S. 89. 1. 401; Paris, 14 janv. 1890, D. 90. 2. 75, S. 92. 2. 252; Cass., 27 juin 1892, D. 92. 1. 379, D. 92. 1. 447).

La conclusion pratique s'adresse aux acheteurs de maisons neuves : ils feront bien, surtout dans les grandes villes, de s'assurer que la mitoyenneté des murs a été achetée, ou que les maisons voisines ont été construites postérieurement.

B. — Mitoyenneté des arbres.

2520. Cas où elle a lieu. — D'après la loi du 20 août 1881 (art. 670 C. civ.), les arbres sont mitoyens dans deux cas :

1° Lorsqu'ils sont compris dans une haie mitoyenne, alors même que leur pied se trouverait tout entier d'un côté de la ligne de séparation des deux fonds.

2° Lorsqu'ils poussent, en l'absence de haie, juste sur la limite des deux fonds.

2521. Ses caractères. — La mitoyenneté des arbres diffère de la mitoyenneté des clôtures en ce qu'elle n'est pas une indivision forcée. Chaque propriétaire peut toujours demander qu'ils soient arrachés.

§ 3. — *Copropriété sans indivision.*

A. — Maisons divisées par étages.

2522. Inconvénients de cette situation. — La maison, qui est pourtant une chose unique, se trouve parfois avoir plusieurs propriétaires, sans que ceux-ci soient dans l'indivi-

sion ; cela provient presque toujours d'un partage de succession, dans lequel les héritiers ont préféré se partager la maison en nature plutôt que de la vendre ; chacun est propriétaire exclusif d'une part déterminée dans la chose commune. Il y a cependant des parties qu'on considère en général comme indivises, parce qu'elles servent à la fois à tous, ordinairement le sol, parfois les gros murs et les toits et les dépendances de la maison, le puits, les fosses d'aisances, etc. Par conséquent si la maison brûle ou si elle est démolie, le sol n'est pas la propriété exclusive du propriétaire du rez-de-chaussée ; il appartient indivisément à tous.

Cette sorte de communauté est une source féconde de procès. Elle a de plus le grand désavantage de rendre extrêmement difficile le bon entretien des maisons, et surtout celui des escaliers, dont l'état fait souvent contraste avec la tenue des appartements. Le Code allemand a interdit cette pratique (art. 1014). Comp. ci-dessous, nº 2940.

2523. Rapports entre les propriétaires. — Le Code a réglé, dans l'art. 664, la répartition des charges et des frais entre les propriétaires des étages. Mais les règles qu'il a établies ne s'appliquent qu'à *défaut de conventions contraires* ; or il existe presque toujours des conventions de ce genre. Il y a, d'ailleurs, dans presque toutes les villes où la division des maisons par étages est pratiquée, des *usages locaux* et des jurisprudences spéciales.

B. — Droit de superficie.

****2524. Définition.** — Ce droit consiste à être *propriétaire d'édifices ou de plantations reposant sur un terrain appartenant à autrui.* En principe, tout ce qui se trouve sur le sol appartient au propriétaire du sol, par l'effet de l'*accession* (ci-dessous, nos 2717 et suiv.). Le droit de superficie déroge à ce principe, en séparant la propriété des superfices de celle du sol (1).

***2525. Controverse moderne.** — Le caractère de droit de superficie est contesté encore de nos jours. Laurent surtout a combattu l'opinion qui voit en elle un droit de propriété (t. VII, nos 409 et suiv.). Il est cependant facile de démontrer que la loi française admet l'existence de la propriété des superfices séparée de la propriété du sol. Cela y est écrit en toutes lettres. L'art. 553 dit en effet : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire et lui appartenir, *si le contraire n'est pas prouvé.* » Le contraire est donc possible, c'est-à-dire que les bâtiments peuvent appartenir à un autre qu'au propriétaire du sol, ou, ce qui revient au même, que le superficiaire en est le propriétaire. La suite du texte ajoute même qu'un tiers peut acquérir par prescription la *propriété* d'une partie seulement du bâtiment (voyez une note de M. Labbé, *Sirey*, 74. 1. 457).

2526. Systèmes belge et allemand. — En Belgique, il existe une loi sur la superficie du 10 janvier 1824, qui la définit ainsi : « Un droit réel qui consiste à *avoir* des plantations, ouvrages ou constructions sur le terrain d'autrui. » Laurent a fait de grands efforts pour démontrer que le mot « avoir » ne signifie pas « être propriétaire ». Mais alors que pourrait-il bien vouloir dire?

Le Code allemand a réglementé en quelques articles le droit de superficie (art. 1012-1019), qu'il place immédiatement après la propriété sans lui en donner le nom.

***2527. Caractères juridiques.** — La superficie forme, comme le fonds lui-même, *une propriété immobilière* (Besançon, 12 déc. 1864, D. 65. 2. 1, et la note), et par suite susceptible d'hypothèque (art. 2181-1º).

Elle est, de sa nature, *perpétuelle* comme toutes les propriétés. C'est même là son plus grand inconvénient, comme on le voit dans l'espèce jugée par la cour de Cassation, le 16 décembre 1873 (D. 74. 1. 249, S. 74. 1. 457) : le propriétaire du fonds et le propriétaire de la superficie n'étant pas entre eux dans l'indivision, le partage est impossible, et le sol se trouve

(1) Le mot « superficie » ne désigne donc pas la surface géométrique du sol, mais les objets qui se trouvent sur le sol. C'était déjà le sens du mot « superficies » en latin, comme dans cet exemple de Paul, où il est question d'un locataire qui a bâti sur le terrain loué : « qui conducto solo superficiem imposuit. »

indéfiniment stérilisé pour son propriétaire par l'effet de la superficie qui appartient à autrui. — La loi belge, pour éviter cet inconvénient, a limité la durée de la superficie à 50 ans. En France, dans les deux seuls cas où la superficie ait une réelle importance pratique, elle se présente toujours avec un caractère essentiellement temporaire. Voyez les numéros suivants.

*2528. **Exemples particuliers.** — Bail avec permission de batir. — Très souvent un industriel qui n'a pas les capitaux nécessaires pour acheter un terrain ou qui désire ne pas les risquer, prend à bail un terrain nu, sur lequel il se fait autoriser à élever des constructions ordinairement légères, hangars, ateliers, etc. Le bail règle alors la condition juridique de ces constructions. On peut convenir qu'elles appartiendront au propriétaire, conformément au principe de l'accession ; auquel cas le bail ne crée pas un droit de superficie. On peut convenir aussi qu'elles seront la propriété du locataire qui les aura élevées. Voilà un cas de *superficie temporaire*. Le locataire peut s'en faire un moyen de crédit en hypothéquant ses constructions ; mais il ne peut les donner en *gage* en même temps que le droit au bail, ces constructions étant immobilières et le gage ne portant que sur les meubles (Grenoble, 3 mars 1903, D. 1905. 2. 240, S. 1905. 2. 230).

Une question grave, que les parties font sagement de prévoir dans leur contrat, est celle du sort de ces constructions à la fin du bail. Souvent il est dit qu'elles demeureront acquises au propriétaire, tantôt avec et tantôt sans indemnité. D'autres fois, surtout quand ces constructions ont peu de valeur, le preneur s'engage à les enlever à sa sortie et à rendre le terrain nu et nivelé.

Bail a domaine congéable. — Le *bail à domaine congéable* est une forme du louage particulière à la Basse-Bretagne (au-delà de Vannes et de Saint-Brieuc), dont l'origine est très ancienne et qui n'a pas été atteinte par les lois révolutionnaires abolitives des anciennes tenures rurales. Loin de là : les lois des 7 juin, 6 août 1791 et du 8 février 1897 l'ont réglementé à nouveau. Dans ce genre de bail le fermier ou colon est propriétaire de tous les *édifices et superfices*, qui comprennent non seulement les bâtiments et les plantations, mais aussi tous les travaux capables d'améliorer le sol, fossés, drainages, puits, talus, etc., tout ce qui est dû au travail de l'homme. A raison de cette propriété, on l'appelle le *domanier* (qui dominium habet), et il sait fort bien dire au bailleur, quand il reçoit sa visite : « Je suis heureux de vous voir *chez moi*. » Le propriétaire du fonds n'a que le terrain *nu* (et pour cela on l'appelle le *foncier*) avec les arbres qui y croissent spontanément (*arbres fonciers*).

Le domaine du fermier, perpétuel théoriquement, peut prendre fin par la faculté du *congément* exercée par le foncier, qui renvoie son colon en lui remboursant la valeur des édifices et superfices. De là le nom de « domaine *congéable* ».

Arbres des grand'routes. — Les arbres bordant les routes peuvent appartenir à des particuliers, bien que plantés sur le domaine public (L. 12 mai 1825).

CHAPITRE VI

DES PROPRIÉTÉS INCORPORELLES

§ 1. — *Des offices.*

2529. Bibliographie. — Loyseau (mort en 1627), *Traité des offices* (dans ses *Œuvres complètes*, édit. de Lyon, 1701). — Jeannest Saint-Hilaire, *Du notariat et des offices*, 1858. — Durand, *Des offices considérés au point de vue des transactions privées et des intérêts de l'État*, 1863, in-8°. — Perriquet, *Traité théorique et pratique de la propriété et de la transmission des offices ministériels*, 1874, in-8°. — Louis-Lucas, *Étude sur la vénalité des charges*, thèse en 2 vol., Paris, 1882. — Louis Toulemon, *Du droit de propriété des offices sous la législation actuelle*, thèse, Paris, 1902.

***2530. Définition.** — La définition des offices a toujours embarrassé les auteurs à cause de la multiplicité des charges auxquelles ce mot peut s'appliquer (voyez les définitions diverses qu'examine Loyseau dans son traité *Des offices*, nos 89 à 98). L'office est *toute fonction conférée d'une manière permanente à une personne au nom du public ou du prince.* Peu importe la nature des fonctions, judicature, finances, service de guerre, etc. Peu importe aussi le rang ou la dignité de l'officier ; quoi qu'en dise Loyseau, la « dignité » n'est pas un élément essentiel de l'office, car il y en a eu de tout temps de fort humbles. Deux caractères seulement distinguent l'office : 1° la *nature publique* de la fonction ; c'est par là qu'il se sépare des mandats ou services privés ; 2° la *permanence*, qui sépare l'office de la simple mission temporaire.

A. — Les offices vénaux avant la Révolution.

2531. Distinction de la vénalité et de la patrimonialité des offices. — Quoiqu'on les confonde souvent, ces deux choses sont distinctes. La *vénalité* est une pratique financière du gouvernement qui se fait payer en argent par les particuliers pour leur conférer les fonctions publiques. La *patrimonialité* est un système de législation qui transforme l'office en une sorte de bien, ayant une valeur pécuniaire et capable de figurer comme élément actif dans le patrimoine des particuliers.

La vénalité des offices a existé seule pendant de longs siècles, sans la patrimonialité, qui est un produit spécial du droit français ; puis toutes deux ont existé ensemble pendant deux ou trois siècles ; la vénalité a été supprimée au début de la Révolution et n'a jamais été rétablie. A présent la patrimonialité existe seule. Nous n'avons plus aujourd'hui la *vénalité* ; l'État ne vend jamais les charges qu'il confère ; mais nous avons un assez grand nombre d'*offices patrimoniaux.*

2532. Origine de la vénalité. — La *vénalité* des offices a une longue histoire ; elle se pratiquait déjà dans l'Empire romain, mais seulement pour les charges inférieures, les « militiæ ». Elle paraît avoir subsisté pour elles au moyen âge ; seulement, au lieu de les *vendre*, on préférait ordinairement les *affermer*, ce qui permettait d'en faire varier le prix avec les produits. Ce fut l'habitude universelle pour les prévôtés.

La vénalité, restée longtemps stationnaire, se développa en France au XVIe siècle ; le roi se mit à vendre toutes sortes d'offices, non sans provoquer beaucoup de railleries et de réclamations. Parmi les détracteurs de la vénalité, on compte l'Hospital, Rabelais, Montaigne, Charron, Pasquier, Bodin, Hotman. Ces réclamations trouvèrent un écho dans les États d'Orléans de 1560, et l'ordonnance de Moulins, de février 1566, dut y répondre, mais elle se borna à exiger des acquéreurs quelques garanties de moralité et de capacité. Dès lors la vénalité ne fit que s'étendre ; elle atteignit successivement tous les genres de fonctions. Elle constituait une *ressource fiscale* très agréable à employer, puisqu'elle n'était pas de nature à soulever les protestations de ceux qui payaient. Louis XIV surtout en abusa. Les charges données par l'État ne suffisant plus, le roi tranforma en offices vénaux les *charges municipales*, et on les vendit à leur tour. On créait des fonctions inutiles, et parfois invraisemblables. On vit des *crieurs d'enterrements*, des *vendeurs d'huîtres*, des *contrôleurs de perruques*, dont la fonction constituait un office. Ces abus valurent au roi un mot d'esprit du contrôleur général Desmarest : « Votre Majesté, lui dit-il, ignore une des plus belles prérogatives des rois de France, c'est que chaque fois que le roi crée un office, Dieu crée un sot pour l'acheter. » Afin d'allécher les amateurs, on attachait souvent l'*acquisition de la noblesse* à la possession prolongée d'un office, au bout de vingt ans par exemple.

***2533. Comment les offices vénaux sont devenus patrimoniaux.** — Si l'on s'était borné à vendre les offices, ils ne seraient pas devenus la propriété de ceux qui les achetaient. Leur caractère patrimonial vient de la concession successive aux officiers de trois avantages : 1° la *perpétuité* ; 2° la *cessibilité* ; 3° l'*hérédité.*

Perpétuité des offices. — La *perpétuité* (nous dirions aujourd'hui l'*inamovibilité*) date de Louis XI. Ce roi vit se former contre lui à son avènement une coalition féodale, célèbre sous le nom de *Ligue du bien public* ; les nombreuses destitutions d'officiers auxquelles il

s'était laissé aller furent une des causes les plus vives du mécontentement général. Aussi, après la paix rétablie, il promit solennellement à tous ses officiers de ne plus donner aucun office, à moins qu'il ne fût vacant par mort, résignation de bon gré, ou forfaiture déclarée judiciairement (Lettres datées de Paris, 21 oct. 1467, dans ISAMBERT, t. X, p. 541).

CESSIBILITÉ DES OFFICES. — La cessibilité est la *faculté de transmettre l'office entre vifs, à une personne choisie par le titulaire actuel, qui s'en fait payer le prix.* L'office devient ainsi *vénal* non plus pour le gouvernement qui le donne, mais pour le particulier qui le possède. Les cessions d'offices se pratiquaient déjà en fait depuis un certain temps quand la cessibilité fut officiellement reconnue par une ordonnance de Charles IX, du 12 novembre 1567, qui accorda à tous les officiers dont les offices étaient vénaux la faculté de les résigner à personnes capables, sous la condition de payer un droit de mutation. Pour la perception de ce droit, on établit le « Bureau des *parties casuelles* », expression qui désignait les deniers perçus sur les ventes d'offices.

HÉRÉDITÉ DES OFFICES. — Pendant quelque temps, la transmission d'un particulier à un autre ne put se faire qu'entre vifs ; l'office était « cessible », il n'était pas « héréditaire » Le droit de présenter un successeur à l'agrément du roi était donc perdu lorsque l'officier mourait à l'improviste, et l'on exigeait même, pour approuver la cession entre vifs, que celui qui se démettait de l'office eût survécu 40 jours au moins à sa démission. L'*hérédité*, c'est-à-dire le droit pour les héritiers d'un officier décédé de vendre l'office, ne fut organisée que sous Henri IV. C'est le résultat d'une combinaison financière proposée à Sully par le traitant Paulet. Moyennant le payement *annuel* d'un droit égal à la *soixantième partie* de la valeur reconnue ou présumée de leurs charges, on accorda aux successeurs de l'officier décédé le droit de présenter son successeur comme lui-même aurait pu le faire de son vivant (Déclaration du 16 nov. 1604). La taxe n'était pas obligatoire ; la payait qui voulait ; mais le financier conptait si bien sur l'attrait qu'aurait pour les officiers cette garantie contre la perte possible de leur office, qu'il prit à ferme le nouveau droit pour neuf ans, moyennant un prix de 2 millions 363 000 livres. Cette taxe nouvelle fut baptisée *la Paulette*, du nom de son inventeur.

L'hérédité ainsi introduite acheva de rendre les offices *patrimoniaux* ; l'office devenait un bien perpétuel transmissible par vente ou par succession. Ce système nouveau eut pour résultat d'élever le prix des offices à des chiffres inconnus jusqu'alors. Sous Louis XIV, les charges de conseiller au Parlement de Paris se vendaient couramment 50 ou 60 mille livres ; on vit même la charge de procureur général se payer 1 million 200 mille livres, somme énorme pour l'époque (1).

2534. Avantages de la patrimonialité. — Si la vénalité des charges fut un déplorable principe financier, leur patrimonialité eut au contraire quelques bons effets. Elle favorisa la formation de ces familles de robe, propriétaires de leurs charges, qui furent aux XVIIe et XVIIIe siècles l'honneur de la magistrature française, et qui se sentirent parfois assez fortes pour tenir tête au roi. Aussi ne faut-il pas s'étonner de trouver Montesquieu parmi les défenseurs de la vénalité, qui pour lui implique le caractère patrimonial des offices (*Esprit des lois*, liv. V, chap. XIX).

***2535. Distinction de la finance et du titre.** — Jamais on n'a considéré l'office en lui-même comme étant la propriété absolue de son titulaire. On distinguait entre la *finance* et le *titre* de l'office. La finance représentait la somme payée au roi par le premier titulaire et remboursable en cas de suppression de l'office : c'était donc *une créance éventuelle* contre le roi. Elle seule était dans le commerce, pouvait être vendue ou transmise par succession, comme un fonds de terre ou comme une rente.

Quant au titre de l'office, c'était *l'investiture* permettant d'en exercer la fonction. Le titre ne dépendait pas de l'officier ou de ses héritiers ; il fallait en obtenir la provision du

(1) On comprend dès lors le mot de Montesquieu : « Monsieur, je n'ai point vu votre cabinet, » dit son Persan à un magistrat qui lui fait visiter sa maison. « Je le crois, répond celui-ci, car je n'en ai point. Quand je pris cette charge, j'eus besoin d'argent pour la payer : je vendis ma bibliothèque, et le libraire qui la prit, d'un nombre prodigieux de volumes, ne me laissa que mon livre de raison (de comptes) » (*Lettres persanes*, n° 68).

roi. Mais le roi ne pouvait choisir, comme nouveau titulaire, que celui qui se présentait déjà pourvu de la finance après entente avec l'ancien titulaire ou sa famille.

***2536. Suppression des offices vénaux pendant la Révolution.** — Le système de vénalité et de patrimonialité, appliqué par l'ancienne monarchie à presque toutes les charges publiques, notamment à tous les offices de judicature, reçut une première atteinte en 1771, lors des réformes éphémères du chancelier Maupeou. Il fut définitivement supprimé en 1789 : « La vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours ; les juges rendront gratuitement la justice et seront salariés par l'État » (Résolutions du 4 août. — Comp. L. 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, tit. II, art. 2). La Constitution du 3 septembre 1791, dans ses préliminaires, portait : « Il n'y a plus ni vénalité ni hérédité d'aucun office public. » La suppression des divers genres d'offices fit l'objet de plusieurs lois spéciales (voyez notamment la loi des 24 décembre 1790-23 février 1791, liquidant les offices des procureurs). Les titulaires devaient recevoir une indemnité ; malheureusement pour eux, la loi du 7 novembre 1790 ordonna qu'elle serait payée en assignats (art. 3).

B. — Les nouveaux offices patrimoniaux.

***2537. Date et cause de leur institution.** — La vénalité des offices n'a jamais été rétablie avec les caractères et avec la généralité qu'elle avait autrefois. Cependant, en 1816, comme le Trésor était épuisé par les guerres de Napoléon Ier et par les catastrophes qui avaient mis fin à l'épopée impériale, on eut une idée qui équivalait à la restauration partielle de l'ancien système. Pour se procurer d'un seul coup une grosse somme, on éleva considérablement le cautionnement de beaucoup de fonctionnaires (avocats à la Cour de cassation, avoués, notaires, commissaires-priseurs, huissiers, greffiers, agents de change et courtiers) (1). En compensation du service qu'on leur demandait, on leur accorda *le droit de présentation*, c'est-à-dire le droit de présenter leurs successeurs à l'agrément du Gouvernement (Loi du budget du 28 avril 1816, art. 91). C'était leur permettre de vendre leurs charges, car il leur est loisible de stipuler un prix comme condition de cette présentation. Deux ordonnances du 29 juin et du 3 juillet 1816, relatives aux agents de change, reconnaissent que la loi du 28 avril précédent avait accordé aux titulaires d'offices le droit de « disposer de leurs charges ». Les charges désignées dans la loi de 1816 s'*achètent* et se *vendent* comme un bien quelconque. La *vénalité* n'est pas rétablie, le Gouvernement ne touche pas le prix des charges qu'il crée ; mais les charges auxquelles est accordé le droit de présentation sont devenues *patrimoniales*.

La loi de 1816 n'a fait d'ailleurs que régulariser une pratique qui commençait à s'introduire de nouveau. En fait, les titulaires d'offices qui étaient restés en fonctions après la suppression de la vénalité des charges, continuèrent à exiger de l'argent de leur successeur, comme condition de leur démission ou pour prix de la clientèle.

***2538. Inconvénients du système actuel.** — La loi de 1816 a donc opéré, pour un certain nombre de charges, un retour à l'ancien système (2), retour fâcheux à beaucoup d'égards, et qui est aujourd'hui un obstacle à des réformes impérieusement nécessaires. Il sera à peu près impossible de réformer notre procédure, qui en aurait si grand besoin, tant qu'on se trouvera en face d'avoués propriétaires de leurs charges. On doit cependant reconnaître que la patrimonialité a produit à l'époque moderne les mêmes bons effets que sous l'ancien régime : elle a créé un corps d'officiers qui échappe à l'influence délétère de la politique.

En Alsace-Lorraine, les Allemands se sont débarrassés des offices patrimoniaux dès 1872 (L. 10 juin 1872, *Annuaire étranger*, t. II, p. 509) ; mais ils n'avaient affaire qu'à l'étendue

(1) Cette disposition ne s'applique plus qu'aux courtiers d'assurances et aux courtiers interprètes et conducteurs de navires, la loi du 18 juillet 1866 a supprimé les offices des courtiers de marchandises.

(2) La nature du droit de propriété actuellement reconnu aux titulaires s'analyse exactement de la même façon que dans l'ancien droit, par une distinction entre la *finance* et le *titre* (Durand, *Traité des offices*, p. 159 ; Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 581). Comparez ci-dessus, nº 1203.

de deux ou trois départements. En France, la même opération serait une bien grosse entreprise, car la valeur des charges soumises au régime de 1816 s'est depuis lors considérablement élevée (1). Voyez sur cette question, VRAYE, *Du remboursement des offices ministériels et de la suppression de leur vénalité*, 1860, 1 vol., nouv. édit., 1882 ; THEUREAU, *Étude sur la suppression de la vénalité des offices*, 1868 ; AJAM, *Rapport* au nom de la commission du budget, Chambre des députés, séance du 12 juillet 1910, n° 358 (2).

****2539. Caractères spéciaux de la propriété des offices.** — Quoiqu'on considère habituellement le titulaire actuel comme *propriétaire* de sa charge, le mot « propriété » est ici un terme un peu excessif. L'office n'est pas la « chose » de son titulaire, il n'en peut pas faire ce qu'il veut. La conséquence la plus remarquable de cette règle, d'après laquelle l'office n'est pas à tous les égards un bien patrimonial semblable aux autres, c'est qu'*il n'est pas permis de s'associer pour en acheter un.* Toute association de ce genre est défendue. Il y a toutefois exception pour les *agents de change* qui peuvent se donner des *bailleurs de fonds intéressés*, sous cette réserve que le titulaire doit toujours être propriétaire d'un quart au moins de sa charge (L. 2 juillet 1862 ; art. 75 C. com.). Mais cette exception est la seule, et il a fallu une loi pour légitimer sur ce point la pratique qui s'était introduite.

Une autre conséquence de la nature spéciale de ce genre de propriété est l'*insaisissabilité.* Les créanciers du titulaire ont pour gage la valeur de l'office ; ils sont autorisés à prendre diverses mesures conservatoires soit sur le produit de l'office, soit sur le prix de cession (DALLOZ, *Répert.*, v° Office, n°s 390-392), mais ils ne peuvent pas *saisir* l'office, parce que la saisie aboutirait à une *vente aux enchères*, mode de transmission incompatible avec les droits qui appartiennent au gouvernement pour la nomination du nouveau titulaire.

Les offices sont considérés comme *meubles*, par cela seul que la loi moderne ne les a pas classés parmi les immeubles ; tout ce qui n'est pas immeuble est mobilier. Par suite, si le titulaire d'un office se marie sans faire de contrat, la valeur vénale de son office entrera en communauté et appartiendra pour moitié à sa femme (art. 1401-1°). Ordinairement on fait un contrat pour exclure l'office de la communauté.

2540. Exercice du droit de présentation. — Le droit de choisir un successeur et de le présenter à l'agrément du gouvernement est *inaliénable.* Il est bien *transmissible aux héritiers* et autres successeurs du titulaire (L. 28 avril 1816) ; mais, de son vivant, il est exclusivement *personnel* à celui-ci ; il ne peut donc être exercé à sa place par les *créanciers*, bien que le texte de la loi l'accorde en termes généraux à ses « ayants cause », ce qui comprendrait même les créanciers, si la nature de l'office ne fournissait une raison spéciale de leur refuser ce droit. Lorsque le démissionnaire ou ses héritiers négligent d'user de leur droit de présentation, le gouvernement recouvre le droit de *pourvoir d'office à la charge vacante* ; mais en fait il n'use de ce croit qu'avec certaines précautions et après avoir adressé une *mise en demeure* aux intéressés.

2541. Effets de la destitution du titulaire. — Les titulaires d'office peuvent être destitués pour des raisons et selon des formes diverses qu'il est inutile d'étudier ici (voyez PERRIQUET, n°s 556 à 603) (3). Leur destitution produit une conséquence grave : elle leur fait *perdre leur droit de présentation* : « Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués »

(1) D'après une statistique officielle, on comptait, au 31 décembre 1894, 8 910 offices de notaires valant ensemble plus de 634 millions ; il y avait en outre 3 593 offices de greffiers, estimé 45 millions ; 60 offices d'avocats à la Cour de cassation (7 à 8 millions) ; 289 avoués d'appel et 2 338 avoués de première instance, dont les offices valaient ensemble plus de 151 millions. En y joignant 4 813 offices d'huissiers (86 millions) et 372 offices de commissaires-priseurs (près de 27 millions) on atteint un total qui dépasse 951 millions ; et dans ce chiffre les offices d'agent de change ne sont pas compris (*Bulletin officiel du ministère de la Justice*, janvier-mars 1895). Comp. le journal *Le Temps*, du 5 avril 1892, et le *Bulletin de statistique*, 1892, I, p. 495.

(2) Du reste, il est à prévoir que la suppression de la vénalité serait une opération inutile et vaine, parce que les offices libres qui remplaceraient les études d'avoué se vendraient cher comme elles, mais désormais sans contrôle ; le seul résultat serait de céder gratuitement aux premiers clercs la clientèle de leurs patrons.

(3) D'après une loi du 10 mars 1898, le droit de destituer les officiers ministériels, qui appartenait parfois au gouvernement, n'est plus donné qu'aux tribunaux civils.

(L. 28 avril 1816, art. 91). La jurisprudence, interprétant cette disposition, reconnaît que le gouvernement serait en droit de nommer un nouveau titulaire sans lui imposer le paiement d'une indemnité au profit de l'officier destitué ou de ses héritiers. Cette mesure extrêmement sévère équivaudrait à une confiscation ; ce serait une *pénalité* trop dure, qui aurait l'inconvénient de retomber sur la famille du titulaire destitué, innocente de ses méfaits. Aussi le gouvernement a-t-il pris l'habitude d'imposer au nouveau titulaire, qu'il nomme directement, le versement d'une indemnité représentant la valeur de l'office. C'est une *faveur*, une mesure gracieuse, destinée à tempérer les rigueurs d'une jurisprudence qui interprète d'une façon trop étroite la loi de 1816. Le texte de celle-ci ne rendait nullement nécessaire cette sorte de confiscation, puisqu'il est reconnu que la Restauration a rétabli, sous un nom détourné, l'ancienne *propriété* des offices. On pouvait distinguer deux droits différents : celui de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement, celui de se faire payer la valeur de l'office. Le premier seul devrait être perdu par l'effet de la destitution. Comp. PERRIQUET, nos 517 à 520 et 583.

Persévérant jusqu'au bout dans son idée, la jurisprudence décide en outre que *l'indemnité* payée par le nouveau titulaire n'est pas le *prix* d'une cession et ne *représente* pas la valeur vénale de l'office. Elle en tire cette conséquence que l'ancien titulaire n'a aucun *privilège* à faire valoir sur cette somme comme vendeur (Cass., 13 fév. 1849, D. 49. 1. 40, S. 49. 1. 285 ; Cass., 26 mars 1849, D. 49. 1. 83, S. 49. 1. 318 ; Cass., 23 avril 1849, D. 49. 1. 102, S. 49. 1. 320).

2542. Créations et suppressions d'offices. — Le Gouvernement peut créer des offices nouveaux, mais les premiers titulaires ne les obtiennent pas gratis ; ils doivent en payer la valeur. Seulement, comme l'État moderne ne vend pas les fonctions publiques, ce n'est pas le Trésor public qui touche la somme : elle est *répartie* entre les officiers du même ordre et du *même ressort*, qui vont voir baisser leurs recettes par la présence d'un nouveau collègue.

A l'inverse, le Gouvernement peut *supprimer* les offices existants ; la loi de 1816 lui en réserve formellement le droit, et il en use largement. De 1873 à 1891, on a supprimé 995 études d'huissiers ; de 1820 à 1893 leur nombre a diminué de près de moitié. Des chiffres plus précis se trouvent dans le *Bulletin du ministère de la justice*, 1895, p. 17. En cas de suppression, la valeur de l'office n'est pas perdue pour le titulaire de l'office ou sa famille ; une *indemnité* lui est *payée par ses collègues du ressort*, qui vont nécessairement bénéficier de la disparition d'un concurrent. Voyez à ce sujet, Bordeaux, 21 juill. 1902, D. 1904. 2. 229, S. 1903. 2. 206.

§ 2. — *Droit des auteurs et inventeurs sur leurs œuvres et inventions.*

(Propriété littéraire, artistique et industrielle.)

2543. Bibliographie. — POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 3e édit., 1889. — DELALANDE, *Étude sur la propriété littéraire et artistique*, 1880. — FERNAND WORMS, *La propriété littéraire*, 1878, 2 vol. in-12. — CH. LYON-CAEN et P. DELALAIN, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, 1889-1890, 2 vol. — Pierre MASSE, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre...*, thèse, Paris, 1907. — VAUNOIS, *Rapport* à la Société d'études législatives, *Bulletin*, 1908, p. 51. — PÉRUSSAUX, thèse, Paris, 1912.

A. — Examen de la question au point de vue rationnel.

2544. Observation préalable. — La question est la même pour *toutes les œuvres intellectuelles*, quelle qu'en soit la nature, littérature, peinture, sculpture, musique, etc. (Exemples divers : cours professés en public, trib. de la Seine, 17 mars 1905, D. 1905. 2. 366 ; œuvres photographiques, trib. de la Seine, 20 janv. 1899, D. 1902. 2. 73 et la note de M. APPLETON ; Toulouse, 17 juill. 1911, D. 1912. 2. 161. P. et S. 1911. 2. 312 ; et POTU, *Revue trimestrielle*,

1910 ; portraits, Rennes, 23 nov. 1903, D. 1905. 2. 69 ; cinématographe, trib. de la Seine, 17 mars 1905, D. 1905. 2. 366). On raisonne en général sur les œuvres littéraires, sauf à appliquer aux autres ce qu'on a dit pour elles. Quant aux *inventions industrielles* elles font l'objet d'une législation spéciale ; le système de protection qui leur est appliqué en droit positif diffère sensiblement du régime de la propriété littéraire (voyez ci-dessous, nº 2550).

***2545. Nature du droit de l'auteur.** — Pendant longtemps les écrivains se sont plu à affirmer que leur droit était une propriété : ils comparaient l'écrivain qui vend son livre au fermier vendant sa récolte. L'un d'eux (Lamartine) a même prétendu que la propriété littéraire était « la plus sainte des propriétés ». En développant cette idée, on a dit et répété que la propriété littéraire était la plus personnelle et la plus intime, car la propriété ordinaire porte sur les choses extérieures dont l'homme est obligé de s'emparer, tandis que sa pensée, c'est lui-même. Tant d'insistance et d'affirmations ont entraîné l'opinion. Le prince Louis-Napoléon écrivait en 1844, dans une lettre destinée à la publicité : « L'œuvre intellectuelle est une propriété comme une terre, comme une maison ; elle doit jouir des mêmes droits. » Les écrivains ont réussi à faire entrer dans la langue, malgré son inexactitude, l'expression « propriété littéraire », qui a même figuré pendant longtemps dans le texte de nos lois.

Cette conception a cependant fini par être rejetée. Elle a rencontré deux adversaires redoutables. L'un, Ch. Renouard, a publié deux volumes, aujourd'hui assez rares, dans lesquels il a combattu l'idée d'une propriété intellectuelle, en donnant pour titre à son ouvrage : *Traité des droits d'auteur* (1838). L'autre, P.-J. Proudhon, a écrit contre les partisans de l'idée de propriété un pamphlet véhément, *Les Majorats littéraires* (1862). L'erreur vulgaire consiste à croire que le *producteur* est nécessairement *propriétaire* du produit. Toute production est un travail et tout travail mérite salaire ; mais de là à l'idée de propriété, il y a loin. La possibilité d'une appropriation ne dépend pas des désirs de l'homme, mais de la nature des choses. Le *monde matériel* est destiné à l'*appropriation* parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le *monde des idées* est d'une nature toute différente ; il est fait pour la *communauté*. L'idée ne devient utile que par son *expansion* : son triomphe suprême serait de devenir *commune* à tous les hommes. Remarquez que cette communication peut se faire sans altérer ni diminuer la jouissance et la possession qu'en a son auteur ; au contraire, la puissance d'une idée communiquée n'en est que plus grande. — Sans doute, l'auteur est libre de ne pas publier son ouvrage ; il peut le détruire ou le garder pour lui seul en manuscrit ; mais, la publication une fois faite, il se produit un phénomène dont il n'est plus maître ; son idée n'est plus à lui seul, le public la possède et ne peut plus la perdre. Comparez Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, nº 145.

L'idée répugne donc par sa nature au droit de propriété, qui suppose la possibilité d'une possession exclusive. La vérité est que l'auteur a droit à un *salaire*. En pratique on a depuis longtemps trouvé le moyen de le lui assurer au moyen d'un *monopole d'exploitation*.

***2546. La question de perpétuité.** — Une autre question grave s'élève encore ; c'est celle de la durée de ce monopole : doit-il être perpétuel? *Perpétuité*, voilà le mot que les auteurs ont adopté comme un drapeau, et la qualification de « propriété » qu'ils donnaient à leur droit n'avait pas pour eux d'autre sens. Remarquons tout d'abord que la perpétuité des droits d'auteur n'intéresse en fait qu'un très petit nombre d'écrivains ou d'artistes. Les œuvres littéraires, comme toutes les œuvres humaines, vieillissent vite et *meurent*. Elles ont besoin d'être remplacées et incessamment renouvelées. Celles mêmes (et combien y en a-t-il?) qui paraissent faites pour l'immortalité, ne survivent qu'à la condition de *changer de rôle* ; au lieu de servir à la consommation ordinaire, comme au temps de leur fraîcheur, elles ne sont plus qu'un *objet d'études* pour les curieux et les érudits, ou un *moyen d'éducation* pour les enfants.

Fausses objections. — On a dit que la perpétuité profiterait aux *grandes maisons de librairie* bien plus qu'aux auteurs ; au bout de quelque temps, un petit nombre d'éditeurs réussiraient à acheter toutes les œuvres durables et seraient seuls à en profiter. — On peut répondre que la pratique commerciale abandonne de plus en plus le système de vente défi-

nitive de l'ouvrage à l'éditeur pour un prix fixe : on emploie de préférence un système de rémunération au moyen d'un *prélèvement proportionnel* sur les bénéfices, 10 pour 100 par exemple, au profit de l'auteur. L'auteur profiterait donc de la perpétuité aussi bien que l'éditeur.

On a dit encore que, en supposant seulement deux enfants à chaque génération, cela ferait déjà à la douzième 4 096 têtes entre lesquelles la propriété d'un ouvrage non aliéné se trouverait *morcelée*. Comment un libraire pourrait-il s'entendre avec tant de gens? Comment même arriverait-il à les connaître? L'objection est sans fondement, car elle se reproduirait contre la perpétuité d'un droit quelconque, pour la propriété foncière, par exemple. Les faits sont là pour démontrer l'inanité de ces craintes : il y a une limite au morcellement dans les partages : on n'aurait même pas besoin de déclarer « la propriété » littéraire indivisible.

Raisons d'écarter la perpétuité. — Si ces objections sont mauvaises, il y a cependant une *raison décisive* qui doit faire écarter la perpétuité des droits d'auteur : cette raison se tire de l'*intérêt général*. Si une œuvre survit, après avoir servi à rémunérer l'auteur pendant sa vie, ainsi que ses héritiers les plus proches (et l'on verra que la législation actuelle leur donne satisfaction dans une large mesure), elle tombe réellement dans le domaine public. Elle ne peut plus durer qu'à la condition d'être commentée, analysée, discutée ; ce n'est plus l'œuvre d'un homme ; c'est un monument historique, un document ou un texte d'école.

L'obstacle qui arrêtera toujours les législations positives sur la pente où on voudrait les pousser, c'est l'impossibilité d'accorder la perpétuité aux inventeurs. Le *brevet d'invention* est nécessairement *temporaire* : il deviendrait dangereux, s'il était perpétuel. L'idée heureuse qui éclôt un jour dans un cerveau serait née tôt ou tard dans un autre, provoquée par les mêmes circonstances. Il n'est pas rare que deux inventeurs découvrent en même temps le même procédé. On ne peut pas retarder les améliorations incessantes de l'industrie pour le profit de quelques-uns. Les œuvres littéraires et artistiques sont un peu dans le même cas. : elles doivent beaucoup au *milieu* dans lequel elles se forment. Dans l'œuvre de l'artiste ou de l'écrivain, tout ne lui est pas personnel : ses contemporains, ses ancêtres, ses maîtres, ses critiques lui ont fourni, même à son insu, non seulement la matière, mais aussi la forme de ses œuvres et sa méthode.

Système pratique. — En fait, les droits des *auteurs dramatiques* ne se perdent pas quand leurs pièces tombent dans le domaine public. En exécution d'une délibération prise par elle le 29 janvier 1858, la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, qui a des traités avec les directeurs de tous les théâtres importants, continue à percevoir au profit des héritiers de l'auteur ou, à leur défaut, au profit de sa caisse de secours, les mêmes droits qu'auparavant (Lacan et Paulmier, *Législation et jurisprudence des théâtres*).

B. — Histoire de la législation sur les droits d'auteur.

***2547. Les privilèges royaux.** — Anciennement l'auteur d'un livre l'exploitait au moyen d'un *privilège* que lui donnait le roi pour le faire imprimer par tel libraire qui lui conviendrait. Ces privilèges s'obtenaient sous la forme de *lettres de chancellerie* ; on les voit reproduits en tête ou à la fin des anciennes éditions. Le monopole de publication dérivait ainsi d'une *concession royale*. On ne donnait pas de privilèges pour les *œuvres d'art*, faute de procédés industriels pour leur reproduction. C'est l'*imprimerie* qui a fait naître la question de la propriété littéraire, que les anciens n'ont pas même soupçonnée. Le plus ancien privilège connu a été accordé à Alde, imprimeur de Venise, en 1495, pour une édition d'Aristote.

***2548. Progrès de la législation moderne.** — Sous la Constituante, on voulut substituer le *régime de la loi* à ce *régime des privilèges*. La première loi qu'on vota (3 janvier 1791) n'était qu'une loi de police sur les *spectacles* : elle ne protégeait donc que les *auteurs dramatiques*. On leur accorda le droit exclusif de reproduction, *leur vie durant*, et à leurs héritiers pendant *cinq ans après leur mort*.

Ce fut seulement la loi du 19 juillet 1793, rendue sur le rapport de Lakanal, qui étendit

ce bénéfice à *tous les auteurs* d'œuvres littéraires, aux *compositeurs de musique*, aux *peintres* et *dessinateurs* qui feraient graver leurs tableaux. Cette loi a posé définitivement les bases de notre législation sur la matière, et elle a porté à *dix années* la durée du droit des héritiers.

Un décret du 5 février 1810 porta ce délai à *vingt ans*. En même temps il a accordé à la *veuve* de l'auteur la jouissance viagère de l'œuvre, mais seulement lorsque ses conventions matrimoniales lui en donnent le droit (art. 39).

La loi du 8 avril 1854 *généralisa le droit des veuves*, quelles que soient leurs conventions matrimoniales, et prolongea la durée du droit des héritiers à *trente ans*.

Enfin la loi du 14 juillet 1866, qui est toujours en vigueur, a porté ce même délai à *cinquante ans*, à compter du décès, ce qui semble bien suffisant pour donner satisfaction aux auteurs des œuvres les plus solides, car il peut étendre à plus d'un siècle la durée du monopole. Cette loi est intitulée « Loi sur les *droits* des héritiers et ayants cause des auteurs ». Le législateur a donc répudié le titre de « propriété ».

Un projet de réforme a été mis en préparation en 1907. Voyez les *Bulletins* de la Société d'Études législatives.

***2549. État actuel du droit.** — En somme, l'exploitation exclusive de l'œuvre est assurée à l'auteur pendant toute sa vie et à ses héritiers pendant cinquante ans après sa mort (1). En outre son conjoint (2) a personnellement la jouissance viagère de ce droit, sauf réduction au profit des héritiers à réserve. Le conjoint survivant perd son droit dans deux cas : 1° quand il existe contre lui, au moment du décès, un jugement de séparation de corps ; 2° quand il contracte un second mariage. Ce droit ne s'ouvre pas au profit de l'ex-conjoint *divorcé*, puisqu'il n'a plus la qualité de *conjoint* au moment où se produit le décès de l'époux auteur de l'œuvre. Enfin le conjoint n'est pas protégé par un droit de *réserve* ; par suite, son droit de jouissance est perdu si l'auteur en fait un don entre vifs ou le lègue à d'autres par testament. — L'aliénation d'une œuvre d'art n'emporte pas aliénation du droit de reproduction (L. 9 avril 1910.)

2550. Brevets d'invention. — Les inventeurs sont beaucoup moins énergiquement protégés ; leur monopole dure au plus 15 années, et ne leur est pas assuré de plein droit ; ils n'en jouissent qu'en vertu d'un *brevet*, qui d'ailleurs ne peut leur être refusé et qu'ils peuvent demander pour 5, 10 ou 15 années à leur volonté. En outre, ce monopole n'est *pas gratuit* : ils doivent payer, sous peine de déchéance, une *redevance* annuelle de 100 francs, et d'avance, au commencement de chaque année. Il existe d'autre part pour eux diverses causes de *déchéance* qui font tomber l'invention dans le domaine public (LL. 7 juillet 1844 et 31 mai 1856).

L'inventeur est donc moins bien traité que l'écrivain ou l'artiste : son monopole d'exploitation dure moins longtemps ; mais cette différence se justifie, parce que la part personnelle de l'inventeur est moins grande ; il doit beaucoup plus encore que l'écrivain ou l'artiste au milieu dans lequel il vit et aux travaux de ses prédécesseurs. Si Lamartine ou Victor Hugo n'étaient pas nés, personne n'aurait écrit *Le Lac* ou *Jocelyn*, *Ruy Blas* ou les *Feuilles d'Automne*, tandis que les inventions industrielles auraient presque toutes été faites un peu plus tard par d'autres personnes, témoins d'un mécanisme défectueux ou instruites d'une découverte physique. Souvent on voit prendre presque en même temps plusieurs brevets pour le même sujet. Gray et Graham Bell se sont présentés le même jour, 14 février 1876, à deux heures d'intervalle, au bureau des patentes américaines, pour faire breveter leur invention du téléphone qu'ils venaient de découvrir séparément, en perfectionnant un appareil antérieur construit par Reis.

(1) Il en résulte que si l'œuvre a l'*État* pour auteur, le droit de celui-ci est perpétuel. Ainsi jugé pour les *cartes de l'État-major*, dont la reproduction par un particulier a été condamnée comme contrefaçon (Paris, 5 mai 1877, DALLOZ, *Suppl.*, v° Propriété littéraire, n° 48, en note).

(2) Mari ou femme, depuis la loi de 1866, qui dit « le conjoint survivant ». Les lois antérieures, ne prévoyant que le cas où l'auteur de l'œuvre était le mari, disaient la « veuve » Il y a donc eu ici un progrès au profit des maris de *femmes-auteurs* ou *artistes*.

§ 3. — *Propriété des lettres missives.*

2550 *bis.* **Bibliographie.** — R. Rousseau, *Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres missives et télégrammes*, 2e édit., 1877. — Montagnier, *De la lettre missive en droit privé*, 2e édit., 1907. — F. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1912, 2 vol. — Valéry, *Des lettres missives*, Paris, 1912.

2551. Attribution de la propriété de la lettre. — Une lettre missive est un objet mobilier, susceptible de propriété, comme tout corps certain. A qui en attribuer la propriété? Quelques arrêts ont jadis décidé que le destinataire et l'expéditeur étaient propriétaires en commun (Besançon, 30 déc. 1862, D. 63. 2. 63; Nancy, 11 mars 1869, D. 69. 2. 223, S. 69. 2. 113). Mais aujourd'hui il est admis en principe, et sauf les exceptions et tempéraments signalés plus loin, que les lettres missives ordinaires deviennent la propriété de celui qui les a reçues (Toulouse, 6 juill. 1880, S. 81. 2. 115; Cass., 9 févr. 1881, D. 82. 1. 73, S. 81. 1. 193, avec une note de M. Labbé). Voyez cependant Bordeaux, 2 août 1882, D. 84. 2. 59.

Quelques auteurs voudraient distinguer entre l'écrit, considéré comme *objet matériel*, qui appartiendrait seul au destinataire, et la correspondance ou *exposé de faits et d'idées*, qui resterait la propriété de l'expéditeur.

2552. Acquisition de la lettre par le destinataire. — Tant que la lettre est en cours de route, on la considère comme appartenant encore à son expéditeur (Riom, 13 juill. 1891, Dalloz, *Suppl.*, t. IX, p. 788, note 1) et les règlements de l'administration des postes autorisent ce dernier à la retirer jusqu'à son arrivée à destination (*Instruction générale*, 20 mars 1868, art. 387 et suiv.). Il en résulte que la lettre voyage aux risques et périls de celui qui l'a expédiée; c'est lui qui en supporte la perte, quand elle contient des valeurs (Lyon, 16 mars 1854, D. 55. 2. 141). Ainsi l'expéditeur reste provisoirement propriétaire de la lettre, mais il cesse de l'être au moment où elle est remise à son destinataire et où celui-ci l'appréhende.

2553. Limites du droit du destinataire. — Mais dans le cas où le destinataire acquiert la propriété de la lettre, il se peut que son droit soit *limité par la volonté de l'expéditeur*, qui, étant libre de ne pas faire l'envoi, a pu y mettre les conditions qu'il a voulu. La conséquence la plus remarquable est le caractère attribué aux lettres dites *confidentielles*, dont le destinataire est tenu de respecter le secret; il ne peut en divulguer le contenu sans l'assentiment de l'auteur de la lettre. On admet que la réception de ces lettres forme une sorte de *pacte tacite* qui lie les deux parties. C'est là-dessus que repose le principe traditionnel et incontesté de *l'inviolabilité du secret des lettres missives*; il ne s'applique qu'aux lettres destinées à rester personnelles. Voyez les arrêts ci-dessous.

Mais qu'est-ce qu'une « lettre confidentielle »? La jurisprudence a vainement cherché une règle générale pour le reconnaître. C'est une question de fait, qui doit être résolue par les tribunaux, selon les circonstances de chaque espèce (Cass., 5 févr. 1900. S. 1901, 1. 17; Cass., 20 oct. 1908, P. et S. 1909, 1. 253. Tissier, p. 40 et suiv.; Hanssens, p. 239 et suiv.; Legris, nos 83 et suiv., et dans *Dalloz*, 1902. 2. 465). Voyez, pour les lettres écrites à un avoué par son client, Rennes, 5 mars 1903, D. 1904. 2. 223.

En outre, le droit du destinataire peut se trouver plus gravement restreint encore, si l'expéditeur a exprimé la volonté que sa lettre lui soit renvoyée ou qu'elle soit détruite. Sa volonté est ici efficace et souveraine (Cass., 9 févr. 1881, D. 82. 1. 73, S. 81. 1. 193), sauf dans le cas où la lettre contiendrait des énonciations destinées à faire preuve contre lui au profit du destinataire : ce dernier aurait alors le droit de la retenir (Caen, 10 juin 1862, D. 62. 2. 129, S. sous Cass., 65. 1. 33).

Les lettres anonymes ne peuvent avoir le caractère de lettres confidentielles (Trib. de Lyon, 29 oct. 1901, D. 1902. 2. 465).

2554. Usage de la lettre par le destinataire. — En sa qualité de propriétaire de la lettre, le destinataire peut s'en servir, toutes les fois qu'elle n'est pas confidentielle, soit

pour la communiquer à des tiers ou pour la publier, soit pour l'utiliser à son profit comme moyen de preuve (Cass., 26 juill. 1864, D. 64. 1. 347, S. 65. 1. 33). Comp. Trib. Grenoble, 23 avril 1904, D. 1906, 2. 139 ; Rouen, 7 mai 1904, D. 1906. 2. 63.

Mais si le destinataire divulgue une lettre confidentielle, il s'expose à une demande de dommages-intérêts de la part de l'auteur de la lettre (Caen, 7 févr. 1898, D. 99. 2. 2). Toutefois le tribunal ne peut pas ordonner la destruction de la lettre pour éviter le retour d'un pareil abus (même arrêt).

2555. Droit des héritiers du destinataire. — Il a été jugé que les lettres confidentielles doivent être rendues à leurs auteurs à la mort du destinataire, et que les héritiers de celui-ci n'ont aucun droit sur elles (Orléans, 27 juill. 1896, D. 97. 2. 209, S. 96. 2. 248). Mais cette solution est contestée : voyez la note du *Dalloz* sous l'arrêt.

2556. Limite de l'obligation du secret. — La jurisprudence admet que le principe du secret des lettres n'est pas absolu. Il fléchit notamment en matière de divorce et de séparation de corps, où des lettres sont fréquemment produites comme moyens de preuve, et admises comme telles toutes les fois qu'elles n'ont pas été détournées par un moyen illicite (Cass., 13 juill. 1897, D. 1900. 1. 43, S. 98. 1. 220, et ci-dessus, nº 1211). D'ailleurs il s'agit alors de l'inviolabilité d'une correspondance surprise par des tiers, plutôt que du secret à garder par le destinataire lui-même.

D'autre part, une lettre qui était confidentielle à l'origine, peut perdre son caractère secret lorsqu'elle a été produite au cours d'un procès et a acquis par là une grande notoriété, par exemple lorsqu'il s'agissait d'une affaire criminelle retentissante (Cass., 19 juin 1895, D. 96. 1. 20, S. 95. 1. 325).

LES MANIÈRES D'ACQUÉRIR

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

***2557. Classifications diverses.** — Les manières d'acquérir peuvent se classer de plus d'une façon :

D'abord *d'après l'étendue de l'acquisition* : à ce point de vue on distingue les *modes à titre universel* et les *modes à titre particulier*.

Ensuite *d'après leur caractère gratuit ou onéreux*.

Enfin *d'après le moment où elles s'accomplissent* : les unes se font *par décès*, les autres *entre vifs*.

***2558. Transmissions à titre universel et transmissions à titre particulier.** — L'acquisition a lieu à titre universel lorsqu'elle comprend l'*universalité du patrimoine*, ou tout au moins une partie aliquote, c'est-à-dire une *fraction*, comme un tiers, un dixième, etc. Elle a lieu à titre particulier, lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs objets déterminés, considérés individuellement, quel que soit d'ailleurs leur nombre.

Dans les transmissions universelles, l'acquéreur ou ayant cause est tenu des dettes et obligations de son auteur, en totalité s'il a acquis la totalité du patrimoine ; en partie seulement, s'il n'en a acquis qu'une partie ; la répartition du passif est proportionnelle à celle de l'actif. Dans les transmissions à titre particulier, l'acquéreur n'est pas tenu personnellement des dettes, à aucun degré et pour aucune fraction ; il ne peut être atteint que par le droit de suite d'un créancier hypothécaire exerçant contre lui une action réelle (comp. ci-dessus, n° 304). Cette différence est la conséquence de l'idée que *les dettes d'une personne sont la charge*, non pas de tel ou tel bien, mais *de son patrimoine entier*. Il faut donc avoir recueilli tout ou partie de ce patrimoine, considéré comme une universalité juridique, pour être tenu des dettes. Le principe est posé dans deux textes importants, les art. 2092 et 2093, et il reçoit des applications nombreuses.

L'idée qui rattache l'obligation aux dettes à l'acquisition du patrimoine entier ou d'une quote-part, est moderne. Au moyen âge on tenait au contraire pour maxime : « Meubles sont le siège des dettes. » Par suite, en beaucoup de provinces, l'héritier qui recueillait les

meubles était tenu du passif général, à l'exclusion des autres (LOYSEL, *Institutes coutumières*, nº 329).

***2559. Acquisitions à titre gratuit et à titre onéreux.** — L'acquisition se fait *à titre onéreux*, si l'acquéreur donne ou promet quelque chose en échange de ce qu'il reçoit ; sinon, elle se fait à titre gratuit. Cette distinction offre de multiples intérêts, soit quant aux *formes* de l'aliénation, soit quant à la *capacité* des personnes qui y figurent, soit quant à la *disponibilité* des biens qui en font l'objet. La répression des *conditions illicites ou immorales* n'a pas lieu non plus de la même manière dans les deux espèces de transmissions ; voyez les art. 900 et 1172.

***2560. Transmissions entre vifs et transmissions par décès.** — Cette distinction, qui est facile à faire dans la plupart des cas, devient très délicate pour certaines variétés de donations qui, bien que consenties sous la forme d'une convention entre vifs, ne doivent produire effet qu'à la mort du disposant et ressemblent, par suite, à une transmission par décès.

On a déjà vu (nº 303) qu'en droit français toutes les transmissions universelles se font par décès ; les transmissions entre vifs ne peuvent jamais se faire qu'à titre particulier. C'est une différence importante avec le droit romain qui connaissait plusieurs manières d'acquérir *per universitatem* entre vifs : *adrogatio*, *conventio in manum*, *venditio bonorum*, etc. (1).

Quant aux transmissions par décès, elles peuvent se faire à titre particulier tout aussi bien qu'à titre universel ; tels sont les legs, qui tantôt portent sur l'ensemble ou sur une fraction du patrimoine, et tantôt sont des legs particuliers, d'une chose ou d'une somme déterminée.

***2561. Mode originaire, modes dérivés.** — Rappelons pour mémoire la distinction romaine entre le mode *originaire*, qui est l'*occupation*, et tous les autres modes qui sont dits *dérivés*. La différence est que celui qui acquiert par occupation n'est l'ayant-cause de personne. Cette distinction n'offre aucun intérêt pratique. Le paiement du *droit de mutation* n'est pas caractéristique des modes dérivés puisqu'il manque dans l'usucapion et dans l'accession.

2562. Énumération des manières d'acquérir. — Dans les art. 711 et suivants, le Code Napoléon n'en donne qu'une énumération confuse et incomplète. On peut en distinguer huit, qui sont :

1º L'*occupation*, mode originaire.
2º La *convention*.
3º L'*usucapion* ou prescription acquisitive.
4º L'*accession*.
5º L'*adjudication*.
} Modes dérivés entre vifs.
6º Le *testament*. Transmission par décès.
7º La *loi*. Transmission par décès, dans le cas de succession ab intestat ; transmission entre vifs dans tous les autres cas.
8º La *tradition*, dont l'existence actuelle comme manière d'acquérir est contestée, mais à laquelle on peut encore trouver quelque application.

(1) Le droit allemand reconnaît de même des aliénations à titre universel entre vifs (aliénations à fonds perdu, donations à titre universel). Voyez SALEILLES, *Théorie de l'obli-*

2563. Bibliographie. — Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, 1861, 2 vol. — Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, 1862, 2 vol. — Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900. — Rouchon-Mazerat, *Les charges fiscales des mutations de propriété foncière à titre onéreux*, thèse, Paris, 1909.

CHAPITRE II

DE L'OCCUPATION

2564. Définition. — L'occupation est *un moyen d'acquérir une chose qui n'appartient à personne, par une prise de possession faite avec l'intention d'en devenir propriétaire.* Ce mode d'acquérir consiste donc uniquement dans une prise de possession. Il n'y a rien de plus à dire pour le déterminer ; mais il faut rechercher *quelles choses* sont susceptibles d'occupation et étudier ensuite les règles particulières à certaines hypothèses.

§ 1. — *Choses susceptibles d'occupation.*

***2565. Possibilité de l'occupation.** — Peut-il y avoir encore aujourd'hui, en France, des occasions où l'occupation puisse s'exercer, en présence des art. 539 et 713, d'après lesquels « tous les biens vacants et sans maître appartiennent à l'État »? Si tous les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont la propriété de l'État, il n'y a plus de choses sans maître en droit français et l'occupation est devenue sans objet. C'est ce qui a été quelquefois soutenu, notamment par Zachariæ, mais son erreur a été rectifiée depuis longtemps (voyez ci-dessus, nº 2262). La possibilité de l'occupation se démontre du reste par l'histoire de la confection du Code civil et par la présence dans ce Code de divers articles qui parlent encore de l'occupation et qui la réglementent.

Le projet de Code contenait un article ainsi conçu : « La loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation. Les biens qui n'ont jamais eu de maître et ceux qui sont vacants, comme abandonnés de leurs propriétaires, appartiennent à la Nation. Nul ne peut les acquérir que par une possession suffisante pour fonder la prescription » (Fenet, t. II, p. 124). Cet article fut rejeté sur les observations du tribunal d'appel de Paris, qui objecta l'utilité des règles traditionnelles sur l'occupation ; c'est sur elle notamment qu'est fondée l'industrie des *chiffonniers*. — On remplaça alors cette disposition par l'art. 713, dont la formule est peut-être encore trop générale ; mais la condamnation expresse de l'occupation a disparu et à la suite de l'art. 713 on trouve au contraire des articles formels (art. 715, 716 et 717) qui ont été ajoutés pour donner satisfaction aux réclamations faites et qui réglementent divers cas d'occupation, ce qui enlève toute espèce de doute. Il reste donc à recher-

gation, nº 111. Sur la façon dont l'acquéreur devient l'obligé des créanciers de l'aliénateur, voyez C. civ. allemand, art. 419.

cher dans quels cas l'occupation recevra son application ; la question doit se résoudre par une *distinction entre les meubles et les immeubles.*

***2566. Immeubles.** — L'occupation est impossible pour les immeubles faisant partie du territoire de la France et de ses colonies régies par son Code civil, parce qu'on n'y trouve jamais d'immeubles qui soient à proprement parler sans « maître ». Les terrains qui n'ont jamais fait l'objet d'un droit de propriété privée font partie soit du domaine de l'État et des départements, soit du domaine communal. Ceux qui ont été ou qui sont actuellement propriétés privées ne peuvent cesser de l'être que de deux façons : 1° *par déshérence* ; 2° *par abandon volontaire.* Le premier cas suppose une succession ouverte que personne ne réclame : elle *appartient à l'État* en vertu de l'art. 768. — Le second cas est beaucoup plus rare. Un particulier peut abandonner son terrain quand il est improductif, pour se soustraire à l'impôt, mais alors ce n'est plus à l'État que la vacance profite ; l'abandon doit être fait *au profit de la commune* (L. 3 frimaire an VII). Comp. Cour de Luxembourg, 29 avril 1880, S. 81. 4. 33. Ni dans un cas ni dans l'autre, l'immeuble ne devient vacant au point de vue de la propriété, de sorte que son acquisition par occupation n'est jamais possible. — Pour les dunes de Gascogne, voyez D. 1911. 2. 67.

***2567. Meubles.** — Pour les meubles, il faut faire une sous-distinction entre les *universalités de meubles*, et les *choses mobilières isolées.* Les universalités de meubles ne peuvent se rencontrer à l'état d'abandon que sous la forme d'une succession sans héritiers : elles appartiennent encore à l'État par droit de déshérence (art. 768). Donc, pour elles encore, l'occupation est impossible.

Restent les *meubles isolés.* Il y en a deux catégories qui n'ont pas de maître : les uns n'en ont jamais eu, comme le gibier ; les autres ont été abandonnés par leur maître, comme les *res derelictæ.* C'est pour ces deux espèces de meubles, et *pour elles seules*, que l'occupation peut encore fonctionner dans notre droit ; ce sont de véritables *res nullius*, et le premier venu en devient propriétaire par l'occupation.

§ 2. — *De quelques cas spéciaux d'occupation.*

A. — Chasse.

2568. Bibliographie. — La chasse a donné lieu à de très nombreuses publications (voyez le *Supplément au Répertoire* de DALLOZ, v° Chasse, n° 1). Spécialement sur la question d'acquisition du gibier par le chasseur, voir SOREL, *Chasse à tir et à courre, du droit de suite et de la propriété du gibier tué, blessé ou poursuivi*, 2e édit., 1878, in-8° ; VILLEQUEZ, *Droit du chasseur sur le gibier dans toutes les phases de la chasse à tir et à courre*, 2e édit., 1884.

2569. Cas où le chasseur acquiert le gibier. — Le chasseur devient propriétaire par l'occupation du gibier qu'il a tué, et dont il s'est emparé, sans distinguer si le fait s'est

passé *sur son terrain* ou *sur le terrain d'autrui*. Il est vrai que l'art. 1er de la loi sur la chasse, du 3 mai 1844, défend de chasser sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire ou de ses ayants droit, mais cette interdiction vise le passage du chasseur sur la propriété d'autrui, et non la prise du gibier qu'il a tué ; seulement il s'expose à une action en indemnité, s'il a causé quelque dégât, lui ou ses chiens. De son côté, le propriétaire qui autorise autrui à chasser sur son terrain ne lui donne pas la propriété du gibier qu'il tuera ; ce droit dérive de la nature et de la loi ; le propriétaire renonce seulement au droit qu'il a d'empêcher les tiers de pénétrer chez lui.

Il en est encore de même si la capture du gibier a eu lieu *sans permis*, mais à un moment où la chasse était ouverte. L'acte du chasseur est cependant un *délit*, qui entraîne contre lui certaines peines, mais qui ne l'empêche pas de devenir propriétaire du gibier qu'il a tué, et qui ne peut être ni saisi sur lui, ni confisqué par le tribunal. — Cas spéciaux : capture et colportage d'œufs de perdrix. Paris, 5 mars 1903, S. 1903. 2. 165 ; destruction de nids d'hirondelles, Nîmes, 20 nov. 1902, S. 1903. 2. 77.

2570. Cas où le gibier n'est pas acquis au chasseur. — Il en est autrement, c'est-à-dire le gibier ne devient pas la propriété du chasseur, si la chasse a eu lieu *en temps prohibé*. La loi l'attribue alors aux établissements de bienfaisance (art. 4). On a prétendu que cette disposition établissait une *confiscation*, c'est-à-dire une *peine*, et qu'elle supposait l'acquisition préalable du gibier. L'idée est subtile : le résultat pratique n'est-il pas la *non-acquisition* du gibier par le chasseur? Et s'il est vrai que l'interdiction de la chasse n'empêche pas le gibier d'être une chose sans maître, susceptible d'être occupée, n'empêche-t-elle pas tout au moins le chasseur de s'en emparer.?

***2571. Mode d'occupation du gibier.** — La loi de 1844, loi purement administrative et pénale, n'a nullement réglé ce point, qui dépend du droit civil. Or le Code civil ne l'a pas réglé davantage ; son art. 715 nous renvoie aux lois spéciales, qui n'en disent rien. C'est donc la jurisprudence qui a tout fait, et ses décisions ont eu à trancher des hypothèses très variées, comme le montrent les Recueils d'arrêts. Voyez la série d'espèces indiquées dans Dalloz, *Supplément*, vo Chasse, nos 152 à 182. Voici les règles essentielles qui résultent de la jurisprudence.

L'acte constitutif de l'occupation du gibier n'est pas nécessairement l'*appréhension manuelle* de l'animal. Il est universellement admis que le *gibier tué*, qu'on n'a plus qu'à ramasser, appartient au chasseur, de même que le gibier blessé qui est *saisi par les chiens*. On va plus loin : le gibier est considéré comme ayant perdu sa liberté naturelle, et par suite comme étant devenu la chose du chasseur, lorsqu'il est *blessé* mortellement, ou *poursuivi par les chiens* de manière à ne pouvoir leur échapper (Dijon, 7 déc. 1910, P. et S. 1911. 2. 68). Mais ici s'élèvent des questions de fait fort difficiles à résoudre pour savoir quelle était la gravité de la blessure ou la possibilité que l'animal échappât aux chiens, quand une autre personne s'est emparée de l'animal blessé ou poursuivi.

Il y a aussi des difficultés de fait, quand la bête a été tirée par deux chasseurs en même temps ou successivement, quand elle a été momentanément perdue par celui qui l'avait tirée ou qui la poursuivait, etc. La Cour de cassation a jugé qu'un propriétaire peut empêcher le chasseur de pénétrer sur son terrain pour y saisir le gibier poursuivi et blessé par lui (Cass., 29 avril 1862, D. 62. 1. 449, S. 63. 1. 237).

B. — Pêche.

2572. État de la législation. — La capture du poisson et des autres espèces animales qui habitent les eaux est encore un cas d'occupation pour lequel le Code (art. 715) renvoie aux lois spéciales. Ces « lois » comprennent non seulement des lois, mais des décrets et même des conventions diplomatiques (pour la mer du Nord, pour le lac de Genève, pour les côtes d'Algérie, etc.) — M. Huc en donne l'énumération (t. V, nos 10 à 13). D'ailleurs ces textes spéciaux ne s'occupent que de la réglementation et de la police, et non de l'acquisition du produit de la pêche. A cet égard, il y a lieu de distinguer selon la nature des eaux dans lesquelles s'est faite la pêche.

2573. Pêche maritime. — La pêche maritime est celle qui se fait dans la *mer* ou dans les *cours d'eau* qui s'y jettent jusqu'aux *limites de l'inscription maritime*. Elle est *libre*, c'est-à-dire que tout le monde peut s'y livrer, à la charge seulement d'observer les lois et les règlements qui fixent les périodes d'ouverture ou d'interdiction, qui déterminent les engins ou procédés prohibés, etc. (Ordon. de 1681, liv. V, tit. I. — Comp. POTHIER, *Domaine de propriété*, nº 51). La pêche maritime fait toujours acquérir le poisson au pêcheur par droit d'occupation.

La loi du 1er mars 1888 a réservé aux pêcheurs français le droit de pêche dans les eaux territoriales de France et d'Algérie. Elle ordonne la confiscation des produits de la pêche des bateaux étrangers surpris dans ces eaux ; le prix de la vente en est versé à la Caisse des invalides de la marine (art. 5). La limite des eaux réservées à nos nationaux est fixée à trois milles marins au delà de la laisse des plus basses mers.

2574. Pêche fluviale. — Dans les cours d'eau navigables ou flottables, le droit de pêche appartient à l'*État*, qui le met en adjudication (L. 15 avril 1829, art. 1). Par suite, quiconque pêche dans ces cours d'eau sans être *adjudicataire* du droit de pêche, ou sans avoir obtenu une *licence*, commet un délit puni d'une amende. On tolère cependant la *pêche à la ligne flottante* tenue à la main. La jurisprudence autorise même l'emploi de la ligne dite *à la cuiller* (Paris, 9 janv. 1889, D. 90. 2. 315, S. 89. 2. 37).

Dans les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables le droit de pêche appartient aux *riverains* (L. 15 avril 1829, art. 2), à chacun de son côté dans toute la longueur de sa propriété, jusqu'à la ligne médiane, si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, sans préjudice des droits contraires établis par titre ou par prescription. Aucune autre personne n'a le droit d'y pêcher. La pêche à la ligne flottante n'y est même pas permise.

Les deux cas de pêche fluviale soulèvent une difficulté, pour savoir *à qui appartient le poisson* pris en fraude. La loi de 1829 (art. 5) ordonne la *restitution du prix* du poisson à celui qui avait le droit de pêche. Cette disposition semble bien signifier que le poisson n'a pas été *régulièrement acquis* au pêcheur par occupation, puisqu'il est obligé d'en *payer la valeur* ; ce paiement est inconciliable avec le droit d'occupation, qui est nécessairement *gratuit*.

2575. Pêche dans les eaux privées. — Les poissons qui se trouvent dans les étangs et canaux dont les eaux sont propriété privée ne sont pas des animaux sans maître. Ils sont la *propriété* de celui qui possède l'étang ou le canal où ils vivent (art. 564). Par suite, la personne qui s'en empare sans l'autorisation du propriétaire, loin de les acquérir par occupation, commet un véritable *vol*.

C. — Récolte des produits de la mer.

2576. Ambre et corail. — L'ordonnance de 1681 (Liv. IV, tit. IX, art. 29) en attribue la propriété de la façon suivante : quand ils sont pêchés au fond des eaux, ils appartiennent en totalité à l'inventeur ; quand on les trouve sur la grève, un tiers seulement reste à l'inventeur, les deux autres tiers sont « au roi et à l'amiral », c'est-à-dire aujourd'hui à l'État.

2577. Varechs et goémons. — On donne le nom de varech et de goémon à des *algues*, plantes maritimes très abondantes sur les côtes de la Normandie et de la Bretagne, qui sont utilisées en partie par l'*agriculture* comme *engrais*, en partie par l'*industrie* qui en extrait de la soude, de la potasse, de l'iode, etc. De nombreux textes se sont occupés de la question depuis l'ordonnance de 1681 ; ils sont rappelés dans le préambule du décret du 8 février 1868 qui a remanié et remplacé la plupart de leurs dispositions. Voici les points principaux :

Les *goémons épaves* (que la mer jette à la côte) appartiennent au premier occupant, sauf ceux qui échouent dans les parcs et pêcheries appartenant à des particuliers.

Les *goémons de rive* (ceux que l'on peut atteindre à pied sec aux basses mers) sont réservés aux habitants des communes riveraines, qui peuvent en faire la récolte une ou deux fois par an, aux époques déterminées par la municipalité. L'ordonnance de 1681 portait inter-

diction de les vendre et de les transporter dans d'autres communes ; cette interdiction a été supprimée par le décret de 1868, art. 5.

Les *goémons de mer* (ceux qui ne découvrent pas à marée basse, même aux grandes marées d'équinoxe) peuvent être récoltés de jour pendant toute l'année, mais seulement au moyen de bateaux pourvus de rôle d'équipage.

D. — Du trésor.

***2578. Ce que c'est qu'un trésor.** — Pour qu'une chose soit considérée comme un « trésor », elle doit remplir les *quatre conditions suivantes* : 1° être *mobilière* ; 2° être *cachée* ; 3° être *distincte* de la chose qui la renferme ; 4° *n'appartenir actuellement à personne.*

1° Pour qu'une chose soit un « trésor » il faut qu'elle soit *mobilière.* Cette condition n'est pas écrite dans le Code civil, qui s'exprime au contraire en termes très larges : « Le trésor est *toute chose* cachée ou enfouie... » (art. 716). Mais la jurisprudence l'exige, par application des définitions romaines (1) et conformément aux traditions (Pothier, *Domaine de propriété*, n° 64). En conséquence il a été jugé qu'un *pavage en mosaïque* de l'époque romaine, découvert en 1870 à Lillebonne, n'était pas un trésor et que l'art. 716 ne lui était pas applicable : le propriétaire du sol en fut déclaré seul propriétaire (Paris, 20 nov. 1877, D. 78. 2. 197 ; Cass. 13 déc. 1881, D. 82. 1. 55, S. 82. 1. 255). Un trésor de 308 000 fr. de monnaies du XVIIIe siècle a été attribué au légataire du mobilier (Dijon, 16 mai 1905, S. 1907. 2. 41).

2° Le trésor est une chose *cachée* ou *enfouie.* Ainsi un objet égaré, tombé à la surface du sol, n'est pas un trésor, c'est une *épave* (ci-dessous, nos 2583 et suiv.). Il importe peu que le trésor se trouve dans un *meuble* ou dans un *immeuble*, bien que la loi, prévoyant le cas le plus ordinaire, suppose que le trésor se trouve « dans un fonds ». C'est en effet dans la terre ou dans les murs des maisons que l'on cache le plus souvent les trésors, mais la formule dont s'est servie la loi ne doit pas être entendue dans un sens restrictif. Il arrive parfois, qu'un trésor se trouve contenu dans un meuble ; des billets de banque cachés entre les feuillets d'un vieux livre ; des pièces d'or ou des pierreries dans le tiroir secret d'un secrétaire ou d'un bureau, etc.

3° Le trésor est distinct de son contenant. Cette condition exclut les matières précieuses trouvées dans la terre, à leur gîte naturel. Elles ne sont pas distinctes du fonds et appartiennent en entier à son propriétaire.

4° Le trésor est une chose antérieurement appropriée, mais sur laquelle personne ne peut plus justifier de son droit de propriété. Si quelqu'un se présente, qui réussisse à faire cette preuve, on se trouve en face d'une *revendication mobilière*, qui doit être admise dans les termes du droit commun, et si elle triomphe, le prétendu trésor n'a pas pu être acquis par occupation.

Conditions inutiles. — L'art. 716 semble exiger une condition de plus : d'après ce texte il faudrait que la *découverte du trésor fût le pur effet du hasard.* Cette condition est inutile pour la *définition* du trésor ; la chose cachée, n'appartenant à personne, est encore un trésor, même si des fouilles ont été entreprises pour la découvrir, parce qu'on en soupçonnait l'existence. Le hasard, quand il préside à ces découvertes, n'a de rôle que dans l'*attribution* du trésor ; il est indifférent pour sa définition.

Il en est de même de l'*antiquité* du trésor : c'est son caractère ordinaire, mais elle n'est pas nécessaire. L'enfouissement peut être récent ; si personne n'a de droits à faire valoir sur la chose découverte, elle constituera un trésor. Il y a en sens contraire un ancien arrêt de la Cour de Bordeaux, de 1806, dont la solution est condamnée par tout le monde. Voyez aussi Trib. de Rennes, 3 déc. 1900, sous Cass., D. 1903. 1. 405.

2579. Attribution du trésor. — Il faut distinguer deux hypothèses : 1° l'auteur de

(1) « Vetus quædam depositio pecuniæ » (Paul, au *Digeste*, liv. XLI, tit. I, fr. 31, § 1). — « Thesaurum, id est condita ab ignotis dominis, tempore vetustiore, mobilia » (Constit. de Léon et Zénon, *Code*, liv. X, tit. XV, loi unique).

la découverte est le propriétaire du fonds ; 2° le trésor est découvert par un autre que le propriétaire.

PREMIER CAS. — Quand le trésor est trouvé par le propriétaire lui-même dans son propre fonds (ou dans son immeuble) la loi le lui attribue en totalité (art. 716).

SECOND CAS. — Pour lui une sous-distinction est nécessaire.

1° Si la découverte a été due au hasard, la loi partage le trésor : elle en donne *une moitié à l'inventeur et l'autre au propriétaire* (art. 716). Il semble que l'inventeur devrait avoir le tout par droit d'occupation ; cependant la loi réserve une part au propriétaire, pour cette double raison que le trésor a peut-être appartenu à ses ancêtres, et que lui-même avait les plus grandes chances de le découvrir un jour ou l'autre. On n'a pas voulu l'en dépouiller tout à fait. — Ce droit est réservé au *propriétaire seul*. Il n'appartient pas à l'*usufruitier*. Le trésor n'est ni un *fruit*, ni un *produit* de la chose où il était caché ; il forme une chose distincte.

2° Quand les fouilles ont été entreprises spécialement pour découvrir le trésor, l'art. 716 n'est plus applicable. La personne qui le met au jour n'y a jamais aucun droit pour aucune partie. En effet, de deux choses l'une : ou bien cette personne était l'*ouvrier* ou l'*employé* du propriétaire, et alors elle agissait *pour le compte de celui-ci*, qui est réputé avoir trouvé lui-même le trésor ; ou bien c'est un tiers, un maraudeur, qui est venu fouiller sans l'assentiment du propriétaire, et bien qu'il ne puisse pas commettre un vol, puisqu'il s'agit d'une chose non appropriée, la loi lui enlève le bénéfice de sa trouvaille parce qu'elle veut décourager les chercheurs de trésors.

2580. Revendication du trésor. — La durée de la revendication accordée au propriétaire du trésor est de trente ans, par application du droit commun (DALLOZ, *Suppl.*, v° Propriété, n° 84 ; LAURENT, t. VIII, n° 456). Toutefois on devrait la considérer comme éteinte au bout de trois ans, au profit des tiers acquéreurs de bonne foi, par application de l'art. 2279. La chose cachée, qui a été enlevée par un tiers, est en effet une *chose perdue* pour son propriétaire, tout à fait comparable à un colis égaré pendant son transport. — L'inventeur qui s'approprie le trésor en entier commet un vol de la moitié appartenant au propriétaire (Limoges, 14 mai 1903, D. 1904. 2. 21).

§ 3. — *Occupation de choses ayant un maître.*

A. — Capture de la propriété ennemie.

2581. Le pillage dans l'ancien droit. — Le droit traditionnel nomme encore, par routine, la *prise du butin* fait sur l'ennemi comme un cas d'occupation, auquel on donne le nom d'*occupatio bellica*. Il est très vrai que, dans des circonstances exceptionnelles, les généraux d'autrefois autorisaient le *pillage* d'une ville prise. Pothier cite lui-même comme exemple le pillage de Berg-op-Zoom (*Du domaine de propriété*, n°s 88 et 89). Le pillage n'est plus autorisé par le droit public moderne et ne serait qu'un cas de vol international ; la guerre est un état de lutte entre deux États ; la propriété privée doit continuer à jouir de la même protection qu'en temps de paix.

2582. Le droit de prise dans les temps modernes. — Cependant les nations civilisées ont conservé pour les guerres maritimes le *droit de prise*, c'est-à-dire la faculté pour chacun des belligérants de capturer les navires de commerce battant pavillon ennemi. La *déclaration de Paris*, du 16 avril 1856, qui a aboli la *course*, a réservé le droit de prise aux marines militaires des États en guerre : les particuliers ne peuvent plus armer leurs navires en course (*corsaires*) pour opérer des prises. Mais les États n'ont pas tous adhéré aux principes de cette déclaration ; les États-Unis, entre autres, ont dès le début refusé leur adhésion, et les puissances européennes elles-mêmes en prévision d'une grande guerre éclatant entre elles se sont préparées à tourner la prohibition, en provoquant la construction de *croiseurs auxiliaires*, simples paquebots de commerce destinés à faire la course en temps de guerre pour le compte de l'État.

Il faut distinguer l'*occupation*, qui, sous la forme du pillage ou des prises maritimes, n'atteint jamais que la propriété privée de l'ennemi, de la *conquête* qui opère une annexion du territoire et du domaine public au profit de l'État vainqueur.

Du reste, conquête ou prise maritime, toute cette matière appartient au droit international. Le droit civil ne peut dire qu'une chose, c'est qu'il n'y a pas ici un véritable cas d'occupation, car d'une part la prise de possession s'opère par la violence, et d'autre part il ne s'agit pas de choses sans maître ; il est même fort douteux que cela ait à quelque degré le caractère d'un *droit* ; entre les nations il n'y a pas de supérieur commun et la *force* seule règne, qui est le contraire du droit.

B. — Acquisition des épaves.

2583. Définition des épaves. — Sous ce nom d'*épaves* on entend *tout objet mobilier égaré par son propriétaire.* On doit se garder de confondre les épaves avec les « res derelictæ » (ci-dessus, nº 2198 *in fine*). L'épave n'est pas une chose sans maître, susceptible d'être acquise par occupation ; son propriétaire n'a pas renoncé à sa propriété ; souvent même il ignore qu'il a perdu sa chose. Il aurait donc le droit de la *revendiquer*, puisqu'il en a simplement perdu la possession, et que le droit français a, de tout temps, admis la possibilité de la revendication au cas de *perte fortuite* (ci-dessus, nºs 2463 et 2469). Cependant, dans la plupart des cas, le propriétaire de l'épave est dans l'impossibilité de la réclamer parce qu'il ignore ce qu'elle est devenue. L'épave reste alors définitivement à l'*inventeur* (qui invenit), de telle sorte que l'invention des épaves apparaît comme un *mode d'acquérir voisin de l'occupation.* La chose est *comme si elle était sans maître*, puisque son maître ne peut pas la retrouver.

2584. Attribution des épaves. — Dans l'ancien régime, les *seigneurs justiciers* s'étaient presque partout attribué la propriété des épaves ; mais la *royauté* avait réussi à ressaisir et à se réserver le droit d'épaves sur les côtes et dans les grands cours d'eau, droit qui avait été réglementé par les ordonnances de 1669 et de 1681. L'État a succédé au roi, et il a droit aux épaves *maritimes* et *fluviales* ; les seigneurs ont perdu le leur sur les épaves *terrestres* en perdant leurs droits de justice.

Épaves maritimes. — Ce sont les marchandises jetées à la mer par les navires en péril, les débris des navires échoués et de leurs cargaisons, les vêtements, argent et bijoux trouvés sur les cadavres des naufragés. Leur attribution est encore aujourd'hui régie par « les lois particulières », auxquelles renvoie l'art. 717, c'est-à-dire par l'ordonnance de 1681. La règle est que les épaves maritimes appartiennent à l'État (au roi et à l'amiral, disait l'Ordonnance), sauf le droit pour le propriétaire de les réclamer pendant l'an et jour de la publication qui en est faite. Toutefois l'inventeur a droit au tiers des objets trouvés par lui en pleine mer. Le propriétaire ne peut réclamer les épaves qu'à la charge de payer les frais de sauvetage. Les *ancres* retirées du fond de la mer et les *vêtements* des naufragés appartiennent en totalité à l'inventeur.

Épaves fluviales. — Celles-ci ne comprennent que les objets trouvés dans les *cours d'eau navigables ou flottables.* Elles sont régies par l'ordonnance des eaux et forêts, d'août 1669, toujours en vigueur, qui *les attribue à l'État en totalité* et sans exceptions. Elles sont vendues dans le mois de leur découverte, quand elles ne sont pas réclamées, et les propriétaires n'ont qu'un mois à partir de la vente pour en réclamer le prix.

Épaves terrestres. — On y fait rentrer les épaves trouvées dans les petits cours d'eau, qui ne font pas partie des épaves fluviales régies par l'ordonnance de 1669. Le droit seigneurial sur les épaves terrestres a été aboli avec tous les autres par les décrets du 4 août ; mais la loi des 13 et 20 avril 1791, qui a réglé spécialement ce point, n'a pas dit à qui ces épaves appartiendraient désormais, et aucun texte postérieur n'a statué sur la question de sorte que les « lois spéciales », auxquelles renvoie le Code civil (art. 717, al. 2), n'existent pas.

L'État n'a jamais revendiqué cette troisième catégorie d'épaves qui sont *attribuées à l'inventeur.* Il existe deux décisions ministérielles de 1821 et 1825, qui ont ordonné la restitution aux inventeurs de sommes perçues par le domaine et provenant de la vente de certains

objets trouvés sur la voie publique et déposés par l'inventeur dans un bureau de l'administration. Ces décisions ont fixé la jurisprudence.

CAS PARTICULIER. — Quelques textes spéciaux ont établi des règles exceptionnelles pour certaines catégories d'épaves :

1° *Objets déposés dans les greffes* (L. 11 germinal an IV ; Ordonn. du 22 février 1829, art. 2). Ils sont vendus quand ils ne sont pas réclamés et les intéressés ont trente ans pour en retirer le prix déposé à la Caisse des consignations ;

2° *Objets confiés à des entrepreneurs de transport par terre ou par mer* (Décr. 13 août 1810). S'ils ne sont pas réclamés dans les six mois, ils sont vendus au profit du domaine, sauf un délai de dix ans pour en retirer le prix ;

3° *Marchandises abandonnées dans les bureaux de douanes* (L. 6 août 1791). Elles sont vendues au bout d'un an et le délai pour en réclamer le prix est d'un an ;

4° *Sommes versées à l'administration des postes.* Le délai pour les réclamer, qui était d'abord de huit ans (L. 31 janvier 1833), a été réduit à cinq ans (L. 15 juillet 1882), puis à trois ans (L. 4 avril 1898), puis à un an (L. 30 janvier 1907, art. 31) ; après quoi elles sont définitivement acquises à l'État. Une prescription si courte est véritablement abusive ;

5° *Objets abandonnés chez les hôteliers* (L. 31 mars 1896). Six mois après le départ du voyageur, ils sont vendus dans des formes déterminées et, après prélèvement de la créance de l'hôtelier, le surplus est déposé à la Caisse des consignations au nom du propriétaire de ces objets. — Comp. Cass., 30 mai 1902, D. 1903. 1. 405, S. 1903. 1. 129 ;

6° *Objets abandonnés chez les ouvriers et industriels* (L. 31 déc. 1903). La vente en est permise au bout de deux ans.

***2585. Titre d'acquisition des épaves.** — A quel titre se fait cette acquisition? En général on y voit un cas d'*occupation.* A vrai dire ce serait une occupation détournée de son emploi normal. En effet la véritable occupation suppose que la chose acquise est une « res nullius », or l'épave a encore un propriétaire, qui n'a pas renoncé à sa propriété. Faut-il donc ériger ce cas d'occupation en matière d'acquérir spéciale et lui donner un nom? On n'en a nul besoin. Il suffit de reconnaître en lui *un cas d'usucapion* : du moment où la revendication du propriétaire est réservée, c'est que l'acquisition de la propriété par l'occupant n'est pas *immédiate* ; il n'y a donc pas occupation. L'acquisition de la propriété dérive d'une possession prolongée, c'est-à-dire d'une usucapion. Si elle paraît être instantanée en l'absence de revendication, ce n'est qu'une apparence. En ce sens, Trib. com. Saint-Étienne, 8 nov. 1898, D. 99. 2. 331.

***2586. Durée de l'action du propriétaire contre l'inventeur.** — La décision précitée du ministre des finances, du 3 août 1825, se fonde sur la maxime « En fait de meubles possession vaut titre », et considère l'inventeur comme étant à l'abri de toute revendication à l'expiration du délai de trois ans établi par l'art. 2279. C'est ce qui résulte, non du texte, mais de l'intervalle écoulé entre le dépôt de l'objet trouvé et la restitution du prix à l'inventeur. Dans la pratique on se conforme en général à cette solution (Trib. com. Saint-Étienne, 8 nov. 1898, précité).

Cependant l'opinion la plus répandue dans la doctrine est que la prescription de *trois ans* établie par l'art. 2279 ne protège que les *tiers acquéreurs de bonne foi*, auxquels l'inventeur aurait plus tard transmis la chose, et que contre *l'inventeur lui-même*, ainsi que contre les *acquéreurs de mauvaise foi*, l'action du propriétaire dure *trente ans* (DALLOZ, *Suppl.* v° Propriété, n° 98).

***2587. Possibilité du vol en matière d'épaves.** — Le vol est défini « la *soustraction* frauduleuse » de la chose d'autrui (art. 379 C. pén.). Celui qui ramasse un objet égaré ne le *soustrait* pas à son propriétaire, puisque celui-ci en avait perdu la possession. Rigoureusement il ne devrait pas être possible de commettre un vol en matière d'épaves ; mais la jurisprudence, comblant ici une lacune évidente de la loi pénale, admet que l'inventeur est punissable, s'il est démontré qu'il a eu l'intention de s'approprier l'objet (Orléans, 30 août 1880, D. 81. 2. 162, S. 81. 2. 176). En effet, la perte de possession est souvent réparable, et si l'objet égaré n'avait pas été ramassé et caché par celui qui l'a trouvé, il aurait pu être retrouvé par son propriétaire ; on peut donc dire, dans un certain sens, que l'autre le lui a « soustrait ».

2588. Règlements municipaux sur les objets trouvés. — Dans presque toutes les villes il existe un « bureau des objets trouvés » où leurs propriétaires peuvent aller les réclamer. Au bout d'un an, faute de réclamation, ces objets sont remis à celui qui les a déposés. On se conforme donc dans la pratique aux décisions précitées de 1821 et de 1825. Mais il y a lieu de faire une double observation :

1° La restitution de l'objet à l'inventeur ne peut pas résoudre la question de la propriété, ni priver le propriétaire de son action en revendication ;

2° Les arrêtés municipaux contiennent ordinairement une disposition particulière, imposant aux personnes qui trouvent des objets égarés l'*obligation* d'en faire la déclaration et le dépôt. La légalité de cette obligation est contestée, mais si l'arrêté municipal ne peut pas créer une *obligation de droit civil*, il peut imposer une formalité sanctionnée par les peines de simple police.

CHAPITRE III

DES ALIÉNATIONS VOLONTAIRES

§ 1. — *Analyse du transfert conventionnel de la propriété.*

***2589. Différence entre le droit romain et le droit français.** — L'aliénation volontaire de la propriété, qui exigeait en droit romain l'emploi de formes particulières, s'est simplifiée à l'extrême, au point de s'accomplir sans aucune forme et d'une manière abstraite. Ceci exige, pour être compris, la comparaison détaillée des deux systèmes législatifs.

Système romain. — Le droit romain avait organisé des modes spéciaux pour le transfert de la propriété ; anciennement on se servait de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, disparues dans le droit de Justinien et remplacées par la *tradition*. Les contrats étaient impuissants à transférer la propriété ; ils servaient seulement à produire des *obligations*, simples droits de créance. Ainsi dans la vente romaine, l'acheteur ne devenait pas propriétaire en vertu du contrat ; il était seulement *créancier* du vendeur ; pour lui transférer la propriété de la chose, celui-ci devait la lui *manciper* ou lui en faire la *tradition*, selon les temps et la nature de la chose. Aussi les jurisconsultes romains disaient-ils : « *Traditionibus* (le texte primitif, avant les retouches de Justinien, portait probablement *mancipationibus*) *et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur* » (*Code, De pactis*, liv. II, tit. 3, I. 20).

Système français. — Le droit français a abandonné l'antique principe qui rendait la tradition nécessaire pour le transfert. Le contrat est, dans nos lois, non seulement *productif d'obligations*, comme il l'était déjà en droit romain, mais *translatif de propriété*. *Vendre*, c'est *aliéner* ; ces deux choses, qui étaient fort différentes dans l'antiquité, se sont confondues en une seule. La mutation de propriété est devenue un effet aussi direct

et aussi immédiat du contrat que la création des obligations. L'acheteur, l'échangiste, le donataire deviennent *propriétaires* de la chose en même temps que *créanciers* de l'aliénateur ; l'obligation de transférer la propriété, contractée envers eux par l'autre partie, se trouve *exécutée* en même temps que *formée* ; elle s'exécute pour ainsi dire automatiquement. On exprime ce résultat en disant qu'en France *la propriété se transfère par simple consentement.*

****2590. Explication des formules employées par le Code.** — C'est l'art. 711 qui énonce le premier le principe moderne du transfert par convention. Il nous dit que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet *par l'effet des obligations* ». C'est un langage un peu obscur ; il eût mieux valu dire « par l'effet des conventions ». D'ailleurs, cet article n'est qu'une énumération des manières d'acquérir ; il annonce le principe, plutôt qu'il ne l'établit. Celui-ci se trouve formulé dans l'art. 1138, qui est la disposition capitale en cette matière, et qui vise non pas spécialement le cas de vente, mais bien toutes les hypothèses dans lesquelles il y a *obligation de donner*, c'est-à-dire de transférer la propriété à un titre quelconque. L'art. 1138 répète deux fois la même idée sous des formes différentes.

Son alinéa 1er porte : « L'obligation de livrer la chose est *parfaite* par le seul consentement des parties contractantes. » Le sens de ce passage est obscur. Ordinairement on emploie le mot « parfait », à propos des contrats, pour indiquer qu'ils sont *définitivement consentis* ; on dira, par exemple, qu'une vente est « parfaite » quand elle est conclue et que les parties sont *irrévocablement liées.* Mais ici il paraît bien que les auteurs du Code ont eu une autre idée, et qu'ils ont entendu exprimer que *tout l'effet utile de la vente est obtenu* : « l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement », cela voulait dire pour eux « est *tenue pour accomplie* ». Ils ont donc confondu dans une même phrase deux idées, qui rationnellement sont différentes : la *formation* de la convention de donner et l'*exécution* du transfert. Ceci résulte des explications données par Bigot du Préameneu dans l'*Exposé des motifs* : « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose ; il n'est donc pas besoin de tradition réelle, pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire ». Ainsi la *perfection* de l'obligation consiste en ce qu'elle est « *réputée exécutée* par la seule volonté des parties (1) ».

Du reste, si le sens de l'alinéa 1er était douteux, le doute serait levé par

(1) Cet emploi du mot « parfait » pour désigner une vente non seulement *conclue*, mais *consommée*, n'est pas particulier au Code civil. Comparez l'interprétation que donnait Pothier de la loi 12 au Code, *De contrahenda emptione*, où on lit : « Non idcirco minus emptio perfecta est... » Pothier disait à propos de ce texte : « Perfectam hic intelligit, non quæ per consensum perfecta est, sed quæ per traditionem consummata est » (*Du domaine de propriété*, édit. de 1772, note sous le nº 198).

l'alinéa 2 qui présente le transfert de propriété comme la conséquence de la perfection de l'obligation. Aux termes de l'alinéa 2 : « Elle (l'obligation) rend le *créancier propriétaire...*, *encore que la tradition n'en ait point été faite* ». La loi mêle à cela une décision sur les risques qui ne nous intéresse pas pour le moment. Il résulte bien clairement de ce passage que l'acheteur devient *propriétaire* de la chose, *en même temps que créancier*, et *sans tradition*. Donc c'est le contrat qui transfère la propriété.

Ce n'est pas tout : les art. 1583 et 938 font l'application du principe aux deux conventions les plus importantes parmi celles qui transfèrent la propriété : la *vente* et la *donation*. Ces deux articles sont même plus clairement rédigés que l'art. 1138, en ce que le transfert immédiat de la propriété y est mieux indiqué comme la suite directe de la conclusion du contrat. Art. 1583, relatif à la vente : « Elle est parfaite entre les parties et la *propriété est acquise de droit à l'acheteur*, *dès qu'on est convenu de la chose et du prix*, *quoique la chose n'ait pas été livrée ni le prix payé.* » Art. 938, relatif aux donations : « La donation dûment acceptée sera parfaite *par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire*, *sans qu'il soit besoin d'autre tradition.* »

***2591. Lenteur avec laquelle le changement s'est opéré.** — Le passage du principe ancien au principe moderne *n'a pas été l'effet d'une réforme législative*; il s'est opéré avec une extrême lenteur, si bien que le mouvement étant déjà fortement avancé à l'époque romaine, le résultat n'a été acquis que peu de temps avant le Code Napoléon.

On peut réduire cette évolution à deux phases : la première comprend *l'œuvre de la jurisprudence romaine*, la seconde *celle de la pratique française*; le Code civil n'a eu qu'à consacrer et à exprimer le changement survenu.

***2592. État de la question dans le droit romain.** — Les textes romains fournissent déjà de nombreux exemples de transferts de propriété opérés sans tradition réelle, et dans lesquels les formes de la tradition sont tellement simples et faciles qu'elle disparaît presque.

Tradition de longue main. — D'abord les jurisconsultes simplifient la notion de la tradition et la réduisent à la *simple possibilité* offerte à l'acquéreur *de prendre par lui-même possession de la chose*, avec le consentement de l'aliénateur. Voici par exemple une solution de Javolenus. L'aliénateur montre la chose à l'acquéreur (in conspectu posita) et personne en fait ne la détient (a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur); l'acquéreur n'a qu'à la prendre et le jurisconsulte décide que la tradition est réputée faite (quodam modo *manu longa* tradita existimanda est) (Javolenus, au *Digeste*, *De solutionibus*, liv. XLIII, tit. 6, fr. 79. Comp. Paul, *De acquir., vel amitt. possessione*, liv. XLI, tit. 2, fr. 1, § 21; Celsus, *ibid.*, fr. 18, § 2). C'est l'origine de la *tradition de longue main*, très connue dans notre ancien droit (Pothier, *Du domaine de propriété*, nos 202-204).

Tradition par constitut possessoire. — L'application du principe qui permet de posséder « corpore alieno » procura un nouveau moyen de se passer de tradition. Supposez que, pour une *vente*, le vendeur ne fasse pas immédiatement tradition et conserve provisoirement la chose; il peut être convenu qu'il la possédera désormais *pour le compte de*

l'acheteur. Celui-ci, ayant l' « animus », devient possesseur immédiatement ; il possède par l'intermédiaire du vendeur (CELSUS, au *Digeste*, liv. XLI, tit. 2, fr. 18, princ.). Il y a donc là, sans déplacement matériel de la chose, un déplacement de la possession juridique. Le jour où la tradition fut reconnue suffisante pour transférer la propriété de toute espèce de choses, ce transfert de possession qui valait tradition rendait l'acheteur propriétaire ; or il s'accomplissait par l'effet d'un simple pacte. C'est ce pacte, fréquemment inséré dans les ventes, que nos anciens auteurs ont appelé *le constitut possessoire* ; c'est lui qui a joué le rôle décisif en cette matière.

TRADITION DE BRÈVE MAIN. — Quand l'acquéreur a déjà la *nuda possessio* à un titre quelconque, par exemple comme locataire ou dépositaire, le déplacement de la propriété par simple consentement est encore possible grâce au même principe. Il suffit que l'aliénateur déclare renoncer à la possession ; l'acheteur acquiert la propriété sans aucun acte matériel de tradition : « Interdum *sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam*, veluti si rem quam locavi aut commodavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi » (GAIUS, au *Digeste*, *De adquir. rerum dominio*, liv. XLI, tit. I, fr. 9, § 5). Nos anciens auteurs appelaient ce procédé la *tradition de brève main* (POTHIER, *Propriété*, nos 206-207).

***2593. Ancienne pratique française.** — Notre ancien droit *n'a rien inventé de plus* ; il s'est beaucoup servi des divers procédés que les textes romains, sa seule source scientifique, mettaient à sa disposition : les traditions opérées par *constitut possessoire*, ainsi que les traditions dites de *brève main* et de *longue main*, qui équivalaient à une dispense pratique de tradition réelle. Le principe romain subsistait, mais à l'état *purement théorique* ; la tradition était *réputée nécessaire* pour opérer le transfert de la propriété, mais en fait, *elle n'avait pas lieu*. On la remplaçait par des clauses du contrat qui valaient constitut possessoire : conventions fictives de précaire, de rétention d'usufruit, de bail, de dépôt, etc. (POTHIER, *De la propriété*, nos 208 à 212), ou plus simplement encore par la clause dite de *dessaisine-saisine*, par laquelle l'aliénateur déclarait se dépouiller de la propriété de la chose et la détenir désormais pour le compte d'autrui. *Coutume de Meaux :* « Équipolle rétention d'usufruit à vraie tradition réelle et actuelle » (chap. 4, art. 13). Comparez l'art. 278 de la *coutume d'Orléans*.

****2594. Apparition du principe nouveau.** — Qu'arrivə-t-il? Ce fut que les esprits philosophiques firent le sacrifice du principe ancien qui exigeait la tradition, puisqu'en fait on s'en passait, et ils attribuèrent directement à la volonté des parties exprimée dans le contrat, la puissance de transférer la propriété. GROTIUS (*De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 8, 25) et PUFFENDORF (*Droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 9, § 8) pensaient que si la tradition, acte matériel, est nécessaire pour transférer la *possession*, qui est un *fait*, la *propriété*, qui est une *qualité purement morale*, pouvait très bien passer d'une personne à une autre par une simple convention. Voyez leur opinion exposée par POTHIER, *Du domaine de propriété*, no 245. Pour DOMAT, la vente transfère par elle-même la propriété, et la tradition n'apparaît qu'à titre de *délivrance* (*Loix civiles*, liv. I, tit. II, sect. II, nos 1, 5 et 8).

Pothier est presque le seul qui résiste : bon romaniste, il reste fidèlement attaché aux principes qu'il a puisés dans les textes anciens (*Introduction générale aux coutumes*, n° 102 ; *De la propriété*, n° 245 ; *Des obligations*, n° 151). Mais son opinion n'est plus qu'un anachronisme. La *coutume de Sens*, plus progressive que lui, parle déjà de « *clauses translatives de propriété*, comme constitut, rétention d'usufruit, précaire ou autre » (art. 250). Et les praticiens tenaient le même langage. Dès le commencement du xviie siècle, Loysel disait : « L'on n'a pas plus tost vendu la chose qu'on n'y a plus rien » (*Institutes coutumières*, liv. III, tit. IV, n° 6 ; édit. Dupin, n° 407). Sur quoi Laurière ajoute : « Ainsi, parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue est transféré sans tradition, contre la disposition de la loi 20 *De pactis.* » Ricard regrettait « que la tradition, qui avait pour objet le bien public et la sûreté du commerce, ne servît plus, dans la plupart des coutumes, qu'à grossir les clauses d'un contrat et ne dépendît plus que du style d'un notaire » (*Traité des donations entre vifs*, n° 902).

****2595. Œuvre du Code civil.** — Qu'a fait le Code? Il n'a apporté aucun élément nouveau ; il n'a changé ni le fond ni la forme ; il s'est borné à reproduire comme un point acquis, la doctrine de Grotius, de Loysel et de Domat : la vente transfère par elle-même la propriété ; la tradition n'est pas nécessaire ; le consentement des parties suffit. Le Code est donc loin d'avoir fait la *réforme radicale* qu'on lui attribue souvent, par ignorance de l'histoire. Le changement est *beaucoup plus ancien que le Consulat* : ce n'est ni Tronchet, ni Portalis qui l'ont opéré : c'est Javolenus, Paul, Gaius, Celsus qui ont montré que la tradition réelle n'était pas nécessaire ; Grotius, Loysel et Domat avaient déjà constaté le changement accompli. Les auteurs du Code n'ont même pas ouvert une discussion sur le transfert par convention ; Bigot du Préameneu, dans son *Exposé des motifs*, a présenté l'art. 1138 comme l'expression pure et simple des principes déjà admis (Fenet, t. XIII, p. 230-231), et Portalis s'est borné à dire, dans l'*Exposé des motifs* du titre « De la Vente », que « Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits et nous donne action pour forcer la tradition réelle » (Locré, t. XIV, p. 145 et 146).

La promulgation du Code civil a cependant amené un changement dans les habitudes, mais c'est un changement bien mince et de pur style. Les notaires, placés en face de textes qui proclament en termes formels l'efficacité de la volonté pour transférer la propriété, ont renoncé à insérer dans leurs actes les anciennes clauses de *constitut possessoire*, de *dessaisine-saisine* et autres, par lesquelles on se dispensait de la tradition réelle. C'est une différence qui frappe quand on lit les ventes notariées faites au xixe siècle à côté de celles du siècle précédent ; mais elle est toute dans les mots et dans les formules.

Il est même douteux que les auteurs du Code aient prévu cette modification de la pratique notariale. Ils ont probablement pensé que l'on continuerait à insérer ces clauses dans

les contrats. On ne pourrait s'expliquer autrement la tournure qu'ils ont employée dans l'art. 938 : « la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin *d'autre tradition* ». L'autre tradition que la loi déclare ici inutile, c'est la *tradition réelle* ; mais puisqu'on l'appelle « l'autre » tradition, c'est donc qu'on en suppose *une première*, déjà faite et qu'on considère comme suffisante ; or cette première tradition ne peut être que la tradition civile résultant d'une clause du contrat. L'art. 938 doit donc être entendu ainsi : « sans qu'il soit besoin d'autre tradition *que celle qui est contenue dans l'acte de donation.* » — On peut d'ailleurs faire un rapprochement significatif entre l'art. 938 C. civ. et l'art. 278 de la *coutume d'Orléans*, qui semble lui avoir servi de modèle et qui était ainsi conçu : « Dessaisine et saisine... valent et équipollent à tradition de fait et possession prise de la chose, sans qu'il soit requis *autre appréhension* ».

***2596. Moment auquel s'opère la translation de propriété.** — Le Code civil s'est expliqué très clairement sur ce point dans l'art. 1138 : « L'obligation de livrer... rend le créancier propriétaire *dès l'instant où elle* (*la chose*) *a dû être livrée.* » Cela veut dire que la tradition est réputée faite à l'époque où les parties ont voulu la placer. Si donc la promesse de donner a été contractée purement et simplement, sans terme pour la livraison, le transfert de propriété est *immédiat* ; si au contraire un terme a été fixé, à l'expiration duquel la tradition devait se faire, c'est *à l'expiration de ce délai* que s'accomplira le transfert de propriété, puisque c'est à ce moment-là seulement que la chose « a dû être livrée ».

Si le sens de ces mots pouvait être douteux, on en trouverait le commentaire dans « l'Exposé des motifs » de Bigot du Préameneu : « C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire *aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé* » (FENET, t. XIII, p. 230). Rien n'est plus simple et plus logique que le système des auteurs du Code. Habitués comme praticiens à voir les parties se dispenser de la tradition réelle par un simple jeu d'écritures et de clauses, ils les en dispensent : ils tiennent la tradition pour faite, mais ils respectent leurs intentions et placent le transfert de propriété juste au moment choisi par elles.

Cependant le sens du Code a beau être limpide, l'interprétation qui vient d'en être donnée n'est pas celle qui a triomphé dans la doctrine moderne. Presque tous les commentateurs pensent que les mots « dès l'instant où elle a dû être livrée » signifient « dès l'instant où l'obligation de livrer est née », c'est-à-dire dès le jour même du contrat, parce que la tradition a été *due* dès ce jour-là. C'est prêter au Code civil, dont le langage est d'ordinaire si simple, un sens bien peu naturel. Ce qui décide les auteurs à adopter une interprétation aussi étrange, c'est la rédaction de l'art. 1185, d'après lequel le terme suspensif n'affecte pas *l'existence* même du droit, mais seulement son *exécution.* L'argument ne vaut rien, car il s'agit justement de savoir, pour l'application de l'art. 1138, à quel moment l'engagement de donner doit être *réputé exécuté* par la tradition, les auteurs du Code s'étant bornés à dispenser les parties de toute tradition effective : ils ont *simplifié le procédé*, mais n'ont pas *déplacé le moment* du transfert.

Au reste, tous les auteurs reconnaissent que les parties peuvent, *si elles*

le veulent, retarder par un terme le transfert de la propriété. Dès lors tout se ramène en fait à une interprétation de volonté.

***2597. Cas exceptionnels.** — Il y a des cas où le transfert de la propriété est *postérieur à la convention.* Ceci a lieu :

1° Quand la chose qui fait l'objet de l'obligation de donner est *déterminée seulement dans son genre*, comme dans les ventes commerciales ayant pour objet une quantité. Le transfert s'opère seulement quand la quantité vendue a été mesurée et mise à part, ou livrée et acceptée par l'acheteur, de façon à être devenue un *corps certain.*

2° Quand il s'agit *d'une chose future*, à fabriquer par le vendeur. On suppose que celui qui a promis de faire et de livrer cette chose en fournit lui-même tous les matériaux, car si la matière première lui est livrée par son client, il n'est pas douteux que la propriété de la chose appartient à ce client dès le début, à mesure qu'elle se forme ou se bâtit ; le constructeur n'est qu'un travailleur, qui fournit de la main-d'œuvre ; à aucun moment il n'est propriétaire de la chose. Mais lorsque c'est lui qui fournit la matière en même temps que son travail, la chose lui appartient pendant toute la durée de sa fabrication, jusqu'à ce qu'elle soit *livrée par lui* et *agréée par le client.* C'est ce qu'on appelle, dans le langage commercial, une *vente à livrer* (Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, 2e édit., t. V, n° 153) ; cette vente n'est pas immédiatement translative de propriété. Il s'en fait dans la pratique deux applications intéressantes : *a*) Pour les *ventes de navires* : le navire en construction appartient au constructeur, et non à l'armateur qui l'a commandé ; c'est le constructeur qui peut l'hypothéquer, etc. (voyez Lyon-Caen et Renault, *ibid.*, nos 152 à 160 ; Cass., 20 mars 1872, D. 72. 1. 140. S. 72. 1. 101) ; *b*) Pour la *commande d'un portrait* à un artiste ; l'œuvre, même terminée, appartient à l'artiste tant qu'il ne l'a pas livrée ; il peut la détruire, et le propriétaire n'a pas le droit de la revendiquer (Paris, 2 déc. 1897, D. 98. 2. 465 ; Cass., 14 mars 1900, D. 1900. 1. 497).

3° Quand les parties sont *convenues, par une clause particulière, de retarder le transfert de propriété.* Leur volonté est licite ; on la respecte donc, et le transfert a lieu seulement à l'arrivée du terme ou de la condition.

Ajoutons que si la personne qui aliène la chose n'en est pas propriétaire, par exemple dans la *vente de la chose d'autrui*, la convention est naturellement impuissante à transférer la propriété, tout comme l'aurait été à sa place la tradition : « Nemo dat quod non habet ». En pareil cas, l'acquisition de la propriété ne peut se réaliser que par l'effet de l'usucapion ou de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre ».

****2598. Question relative aux meubles corporels.** — Il y a dans le Code une disposition qui pourrait faire douter de l'efficacité de la convention pour transférer la propriété des meubles, car elle semble faire dépendre leur acquisition d'une tradition réellement effectuée. C'est l'art. 1141. Ce texte prévoit *le cas où le même objet a été promis successivement à deux personnes différentes* (deux acheteurs, deux donataires, ou bien un donataire et un acheteur). Lequel sera préféré? Le texte décide que ce sera *celui des deux qui aura été mis en possession réelle*, « encore que son titre soit postérieur en date ». Ainsi le second acheteur, si c'est lui qui a reçu la livraison, conservera la chose et sera préféré à l'autre. Donc, pourrait-on dire, le premier acquéreur n'est pas devenu propriétaire par l'effet de la vente ou de la donation qui lui a été consentie, car si l'aliénateur avait perdu la propriété à la suite de la première convention, il n'aurait pas pu la transmettre ensuite à une autre personne. Ainsi il semble que le consentement ne suffise pas à transférer la propriété et que ce soit seulement la tradition qui l'opère.

Mais cette interprétation de l'art. 1141 serait inexacte. Le premier acte, vente ou donation, a bien réellement dépouillé l'aliénateur de sa propriété ; et, si le second acquéreur acquiert la chose et en demeure propriétaire, ce n'est pas l'effet d'un *transfert*, mais bien par application de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre ». Il obtient la propriété par l'effet de la loi et en vertu de sa possession, *quoique* son auteur ne fût plus propriétaire, et non *parce que* son auteur l'était encore. Ce qui prouve que tel est bien le sens de l'art. 1141, c'est la *double restriction* qui résulte de son texte. Sa décision n'est applicable que sous deux conditions ; il faut : 1° que la chose aliénée soit *purement mobilière* ; 2° que le second acquéreur soit *de bonne foi*. Ce sont les conditions traditionnelles de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre ». L'art. 1141 n'est donc nullement en contradiction avec le principe de l'art. 1138.

2599. Systèmes étrangers. — Les législations étrangères sont très partagées sur la façon dont se réalise le transfert conventionnel de la propriété. Tandis que le *Code italien* (art. 1125) a suivi jusqu'au bout l'idée française, qu'il formule beaucoup plus nettement que le Code Napoléon, le *Code néerlandais* (art. 639 et 1271) et le *Code espagnol* (art. 609 et 1095) l'ont rejetée complètement. Ils réduisent l'effet de la promesse de donner à la création d'une obligation et exigent la tradition pour le transfert de propriété.

Toutefois le Code espagnol admet, dans ses art. 1462 à 1464, de telles facilités pour effectuer la tradition qu'il en supprime presque la nécessité : ainsi, quand la vente se fait par acte public, la seule confection de l'acte équivaut à délivrance (art. 1462, al. 2).

Le *Code roumain* a adopté le système français : son art. 971 reproduit notre art. 1138 ; pourtant ce Code mentionne encore la tradition comme manière de transférer la propriété. Voyez ALEXANDRESCO, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 149.

Quant au *système prussien*, il occupe une place intermédiaire entre le système français du transfert par simple convention et le système romain du transfert par un procédé spécial. En principe, *la convention d'aliénation ne déplace pas la propriété*, et l'acheteur d'un immeuble n'en devient propriétaire que par une *inscription au livre foncier*, faite à la suite d'un acte d'*investiture* (L. 5 mai 1872, art. 1er). Mais celui qui est devenu ainsi créancier d'un immeuble, dont il pourrait obtenir l'investiture, peut conserver son droit par une *prénotation* (*Vormerkung*) faite sur le livre foncier (même loi, art. 8, *Ann. étr.*, t. II, p. 215-217). — De plus l'inscription sur le registre n'est possible qu'en vertu d'un contrat spécial, que les Allemands appellent *contrat réel* (dinglicher Vertrag) et que nos traducteurs ont nommé *contrat abstrait d'aliénation*, parce qu'il vaut, abstraction faite du titre antérieur dont il est l'exécution, à peu près comme la tradition romaine : quand les parties déclarent qu'elles veulent transférer la propriété, cela suffit pour que leur consentement soit efficace, et si le titre en vertu duquel l'aliénation s'est faite est plus tard annulé, l'aliénateur est réduit à une action personnelle comme la *condictio* romaine qui supposait le transfert effectué (C. civ. allemand, art. 873 ; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, n° 5).

§ 2. — *De la transcription des aliénations immobilières.*

****2600. Définition, utilité et mode de fonctionnement.** — La transcription est une formalité qui consiste à *copier un acte* sur des *registres spéciaux* tenus dans chaque arrondissement par le conservateur des hypothèques.

Cette formalité est *un moyen de publicité* : les personnes qui veulent

savoir si l'acte a été fait ou prendre connaissance de ses dispositions viendront demander au conservateur un *extrait* des registres. En donnant le nom de la personne que l'on sait *être* ou *avoir été* propriétaire de l'immeuble sur lequel on demande des renseignements, on saura s'il a été transcrit, au nom de cette personne, un acte d'aliénation par lequel elle se serait dépouillée de sa propriété ; on saura ainsi si elle est encore propriétaire. Les registres du conservateur sont, en effet, tenus *par noms de personnes* ; c'est la liste des noms des propriétaires qui forme les *tables* des registres. Voyez sur ce point, ci-dessous, nº 2634, et t. II, nº 2946.

***2601. Absence de publicité pour les meubles.** — La publicité n'est organisée par la loi que pour la propriété foncière ; les aliénations de meubles ne sont pas, en principe, rendues publiques. Cette différence s'explique par plusieurs raisons. D'abord un grand nombre d'objets mobiliers ne vaudraient pas les frais d'une forme quelconque de publicité ; même pour les autres, l'accomplissement de cette formalité serait une entrave insupportable au commerce, qui a besoin avant tout de *simplicité* et de *célérité* pour ses opérations. Mais là n'est pas le motif décisif qui empêche d'organiser la publicité pour les aliénations mobilières : la vraie raison est que les meubles n'ont pas de situation fixe comme celle des immeubles et il eût été impossible de centraliser dans un endroit unique la série des transcriptions concernant chacun d'eux.

Publicité spéciale pour certains meubles. — Il y a cependant des exceptions pour certains meubles. Ainsi :

Les *navires* ne peuvent changer de propriétaire que par l'effet d'une *mutation en douane*, qui est pour eux l'équivalent d'une transcription (L. 17 vendémiaire an II, art. 17 et 18 ; C. com., art. 193 et 196 ; L. 6 mai 1841, art. 6).

Les cessions de *brevets d'invention* donnent lieu à une formalité particulière : l'*enregistrement de la cession au secrétariat de la préfecture* du département où l'acte est passé (L. 5 juillet 1844, art. 20).

Une loi du 17 mars 1909, confirmant un usage observé à Paris, veut que les *ventes de fonds de commerce* soient publiées par voie d'*annonces dans les journaux* (art. 3 et suiv.).

***2602. Extension moderne de la transcription.** — Primitivement, la loi n'ordonnait de transcrire que les « aliénations de biens et droits *susceptibles d'hypothèques* » (L. 11 brumaire an VII, art. 26). La constitution des autres droits réels, notamment celle des *servitudes*, n'avait pas besoin d'être rendue publique. Cette application un peu étroite du régime de publicité tenait à ce qu'il avait été organisé incidemment *à propos du régime hypothécaire* et comme un moyen de consolider la situation des créanciers qui se font donner une hypothèque. On n'avait donc pas songé à dépasser le cercle des biens et droits susceptibles d'hypothèque.

En 1855, on a assis la transcription sur des bases beaucoup plus larges, parce qu'on a considéré son fonctionnement comme une institution utile à la propriété foncière en général, et non plus aux seuls créanciers hypothécaires. Il y a donc eu tout à la fois *reprise* et *extension* du système primitif. C'est ce qui explique la présence dans la loi du 23 mars 1855 de deux articles successifs énumérant les cas où la transcription est nécessaire. L'un, l'art. 1er, reproduit la disposition de l'art. 26 de la loi de brumaire ; l'autre, l'art. 2, contient les additions résultant de la loi nouvelle. Le premier de ces deux articles s'applique à la *propriété*, à l'*usufruit*, à l'*emphytéose*, qui sont les seuls droits susceptibles d'hypothèque ; le second s'applique aux *servitudes*, à l'*antichrèse*, aux droits d'*usage* et d'*habitation* et aux droits dérivés du contrat de *louage*.

Outre la loi de 1855, qui ordonne la transcription pour tous les actes en général, il existe un régime spécial pour les *donations*, en vertu des art. 939 et suiv. du Code civil, qui fera l'objet d'une seconde section.

SECTION I. — Transcription des aliénations à titre onéreux.

A. — Histoire.

***2603. Clandestinité des aliénations dans l'ancien droit.** — En droit romain, les modes spéciaux organisés pour le transfert de la propriété donnaient par eux-mêmes une certaine publicité aux aliénations. La « mancipatio » avait des témoins ; l' « in jure cessio » se faisait devant le magistrat ; le mode non solennel, la tradition, avait elle-même une certaine notoriété par le déplacement de possession qu'elle impliquait. Mais en France, le système des *traditions civiles ou feintes*, au moyen des constituts et des précaires, *avait amené une clandestinité absolue*. De là naissaient de grands dangers. Celui qui achetait un immeuble n'était jamais sûr d'en devenir propriétaire ; il avait toujours à craindre l'existence d'une vente antérieure, inconnue de lui, puisqu'elle avait pu s'exécuter sans tradition réelle et qui lui serait néanmoins opposable. Pour la même raison, celui qui, sans acheter l'immeuble, voulait acquérir sur lui un droit réel quelconque, servitude, hypothèque, etc., n'était jamais sûr de traiter avec le vrai propriétaire : le débiteur qui offrait cette garantie à son créancier pouvait avoir déjà vendu son bien en secret.

2604. Système des pays de nantissement. — Certaines coutumes du Nord, surtout dans le ressort du Parlement de Flandres, avaient organisé un système de publicité au moyen de registres. Cette formalité n'était qu'une transformation de l'ancienne solennité féodale de *vest et devest* ; usitée d'abord pour assurer au seigneur le paiement de ses profits lors de l'investiture d'un nouveau vassal, elle se réduisit à une simple écriture sur les registres du greffier et fut conservée comme une garantie utile pour les tiers, qui trouvaient en elle un moyen sûr de se renseigner sur le nom du véritable propriétaire. On appelait ces pays « pays de nantissement » (Coutumes d'Amiens, de Reims, de Laon, de Châlons, de Ribemont, de Chauny, de Péronne, de Saint-Quentin, de Senlis, de Ponthieu, d'Artois, de Vermandois, de Hainaut, de Liège, de Bruges).

Sur les pays de nantissement, qui intéressent la Belgique autant que la France, voir BRITZ, dans les *Mémoires couronnés par l'Académie de Bruxelles*, 1846, p. 903. — WYNANTS, Décis. 144, nº 111 ; VOET, *Comment. ad Pand.*, XLI, 1, 38 ; MERLIN, *Rép.*, vº *Devoirs de loi*, t. VIII, nº 35.

2605. Système spécial à la Bretagne. — La Bretagne possédait depuis un temps immémorial un système particulier appelé *l'appropriance par bannies*, qui semble provenir de quelques textes romains interprétés et étendus par la jurisprudence locale. Au moyen d'une publicité très simple (trois bannies ou annonces publiques faites le dimanche, à 8 ou 15 jours d'intervalle), l'acquéreur se procurait une situation inébranlable : tous les tiers ayant des droits sur l'immeuble se trouvaient forclos faute de les avoir fait valoir dans le délai des bannies. Primitivement, il ne restait d'autre trace de l'appropriement qu'un *certificat de bannies*. Mais au mois d'août 1626, un édit donné à Nantes par Louis XIII établit des greffes spéciaux pour *l'insinuation* des contrats qui y étaient copiés sur des registres publics. Près de deux siècles avant la Révolution, la Bretagne obtint donc un mode de publicité semblable à notre transcription moderne ; mais le fait est peu connu parce que l'édit de 1626 n'a été publié que dans des recueils rarement utilisés ou spéciaux à la Bretagne (*Revue historique du droit français*, 1890, t. XIV, p. 449).

***2606. Création de la transcription sous le Directoire.** — L'institution de la transcription fut l'œuvre de la loi du 11 brumaire an VII (1er nov. 1798), mais elle n'en fait pas l'objet principal. Cette loi avait pour but d'organiser le *régime hypothécaire*, en lui donnant pour base la publicité : on voulait procurer aux créanciers hypothécaires le plus de sécurité possible. Pour cela il fallait leur donner un moyen de s'assurer si la personne qui leur offre comme garantie une hypothèque sur un immeuble déterminé, est *réellement propriétaire* de cet immeuble. Dans ce but, on décida que tout propriétaire d'immeuble serait *réputé en avoir conservé la propriété*, alors même qu'il l'aurait précédemment aliéné, *tant que l'acte d'aliénation n'aurait pas été transcrit*. C'est ainsi que la transcription des aliénations a été introduite incidemment dans une loi sur les hypothèques.

Voici en quels termes la loi de brumaire était conçue : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente » (art. 26).

***2607. Abandon de la transcription par le Code.** — Le système de publicité inauguré par la loi de brumaire pour les aliénations d'immeubles était certainement une des meilleures réformes de la Révolution. Lors de la confection du Code civil, il aurait dû être maintenu sans hésitation ; cependant la force de la routine est telle qu'on le supprima. Dans la discussion, on rencontra d'abord la question de la transcription à propos de l'art. 1138, qui détermine d'une façon générale le transfert de la propriété par convention. Mais là on se borna à insérer un simple article de renvoi, l'art. 1140, où il est dit que la question sera réglée à propos de la vente et des hypothèques.

On la rencontra de nouveau en arrivant à l'art. 1583, qui règle les effets de la vente ; mais les partisans et les adversaires de la transcription ne purent s'entendre, et la décision fut ajournée une fois encore. On rédigea cet article de façon à laisser la question entière. De là les formes de langage qui y sont employées et qui sont des allusions évidentes au système de la transcription. Il y est dit que « la vente est parfaite *entre les parties...* », que la propriété est « acquise à l'acheteur *à l'égard du vendeur* ». On réservait ainsi les droits des tiers et les effets du contrat à leur égard pour le cas où la transcription serait maintenue.

Enfin, arrivés au *Titre des hypothèques*, les auteurs du Code durent aborder de front la question. Il y avait dans le projet un art. 91 (Fenet, t. XV, p. 346), qui aurait pris place entre les art. 2181 et 2182 actuels, et qui conservait la transcription en reproduisant littéralement l'art. 26 de la loi de brumaire. Quand cette disposition vint en discussion, Malleville l'attaqua, disant qu'elle avait « des inconvénients graves » ; Tronchet renchérit en la déclarant « désastreuse », parce qu'il s'imaginait qu'elle régirait même les ventes antérieures à la loi de brumaire ! Il ajouta que « celui qui achète n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté ; il a sous les yeux les titres ; il peut vérifier la possession du vendeur ». Bref, la disposition fut supprimée sans qu'une seule bonne raison de cette suppression ait été donnée (Fenet, t. XV, p. 386-391).

***2608. Controverses après la publication du Code.** — Aussitôt après la publication du Code, la question se posa de savoir si la transcription était encore nécessaire. Quelques textes, qui paraissent en supposer l'existence, fournissaient des arguments en faveur de l'affirmative ; outre l'art. 1583 précité qui y fait visiblement allusion, il y avait l'art. 2189, qui dispense un acheteur, dans un cas particulier, de faire transcrire son titre, ce qui suppose qu'en principe il en est tenu ; il y avait l'art. 2180, qui ne fait commencer la prescription de l'hypothèque au profit de l'acquéreur de l'immeuble que du jour où son titre d'acquisition a été transcrit, ce qui implique l'accomplissement habituel de cette formalité ; il y avait l'art. 2181, qui fait de la transcription la première formalité à remplir pour l'acquéreur qui veut purger les hypothèques. Voyez aussi les art. 2108, 2198, 2199, 2200.

Mais l'histoire de la confection du Code, encore présente à tous les esprits, démontrait qu'on avait voulu abandonner le principe nouveau établi par la loi de brumaire. Quant aux textes précités, ils s'expliquaient suffisamment par la rédaction primitive du projet, qui comportait le maintien de la transcription, et leur présence dans la rédaction définitive n'était qu'une survivance due à un oubli.

***2609. Conséquence de la suppression de la transcription.** — La transcription n'étant plus nécessaire pour opérer à l'égard des tiers le transfert de la propriété immobilière, celui qui aliénait cessait immédiatement après la vente, et à l'égard de tous, d'être propriétaire de l'immeuble aliéné. Parmi les conséquences que produisait ce retour aux principes du droit coutumier, il en est une qu'il faut signaler tout de suite parce qu'elle est indispensable pour comprendre ce qui va suivre : les *créanciers hypothécaires* d'une personne perdaient le droit de prendre inscription sur les immeubles aliénés par elle, dès que l'acte constatant l'aliénation avait acquis date certaine. La transcription n'était plus nécessaire pour arrêter le cours des inscriptions.

***2610. Système du Code de procédure.** — La suppression de l'obligation de transcrire ne faisait pas l'affaire de l'administration de l'enregistrement, qui voyait diminuer ses recettes. Les acquéreurs d'immeubles, n'étant plus obligés de transcrire pour se protéger contre les concessions d'hypothèques émanant des précédents propriétaires, s'en dispensaient pour éviter le paiement du droit de transcription, qui était de 1,50 pour 100 (L. 21 ventôse an VII, art. 25). L'administration donna alors aux conservateurs des hypothèques des instructions spéciales, leur ordonnant d'inscrire toutes les créances hypothécaires, dont les titres leur seraient présentés avant la transcription du contrat d'aliénation passé au profit d'un tiers acquéreur. On espérait ainsi forcer la main aux récalcitrants. Mais, à la suite d'un rapport du ministre de la justice, un *Avis du Conseil d'État*, du 11 fructidor an XIII (29 août 1805), décida que la vente suffisait pour arrêter le cours des inscriptions (MERLIN, *Répertoire*, t. XVI, p. 454). L'administration, qui tenait absolument à conserver ses recettes, revint à la charge par une autre voie et obtint l'insertion dans le *Code de procédure civile*, qu'on préparait alors, de deux dispositions aux termes desquelles l'aliénation ne suffisait plus par elle-même à arrêter le cours des inscriptions hypothécaires ; les créanciers de l'aliénateur conservaient le droit de s'inscrire, même après l'aliénation, comme si le bien lui appartenait encore ; *le cours des inscriptions n'était arrêté que par la transcription de l'acte d'aliénation* et on donnait même aux créanciers pour s'inscrire un *délai de quinzaine*, sorte de délai de grâce, qui courait à compter du jour de la transcription (art. 834 et 835 C. proc. civ.). La transcription redevenait ainsi, sinon absolument nécessaire, du moins fort utile pour mettre les acquéreurs d'immeubles à l'abri de tout péril ; mais cette réforme incomplète avait une origine exclusivement fiscale et n'était nullement inspirée par le désir d'assurer à la propriété foncière la sécurité dont elle a besoin.

Quelques années plus tard, les besoins du trésor ayant augmenté, on jugea que cela n'était pas encore suffisant et qu'on ne transcrivait pas assez. Alors la loi budgétaire du 28 avril 1816 (art. 54) décida que le droit de transcription (1,50 pour 100), qui jusque-là se payait entre les mains du conservateur des hypothèques et seulement au moment où la transcription était requise, serait exigé par le receveur de l'enregistrement en même temps que le droit de mutation (4 pour 100), que l'on transcrivît ou non (GABRIEL DEMANTE, *Enregistrement*, nº 102).

****2611. Rétablissement de la transcription en 1855.** — Des demandes de réforme ne tardèrent pas à se produire ; elles forcèrent le gouvernement à ouvrir en 1841 une enquête sur le régime hypothécaire (ci-dessus, nº 107). En fait, beaucoup d'aliénations étaient transcrites, mais non pas toutes : on transcrivait pour arrêter le cours des inscriptions d'hypothèques, à cause des art. 834-835 C. proc. civ. ; on transcrivait aussi quand on voulait purger (art. 2183). Mais tout cela ne constituait pas une règle absolue, et les aliénations non suivies de transcription étaient encore nombreuses. Ce fait eût-il été fort rare, il était néanmoins toujours à craindre et toujours dangereux pour les acquéreurs d'immeubles et pour les créanciers hypothécaires. Comme le disait M. Dupin en 1840 à la Cour de cassation : « Celui qui prête sur hypothèque n'est jamais sûr d'être payé ; celui qui achète n'est jamais sûr de devenir propriétaire ; celui qui paye n'est jamais sûr de payer au véritable propriétaire » (comp. DECOURDEMANCHE, *Du danger de prêter sur hypothèque et d'acquérir des immeubles*, 3e édit., 1830). Enfin fut votée la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli le système de la transcription obligatoire et abrogé les art. 834 et 835 du Code de procédure. A raison de son importance, la loi du 23 mars 1855 n'a été

mise en vigueur que le 1er janvier de l'année suivante. Elle est donc inapplicable à tous les actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856 (art. 10).

B. — Régime actuel.

1° Détermination des actes qui doivent être transcrits.

****2612. Actes sujets à transcription** (1). — Sont seuls soumis à cette formalité *les actes qui opèrent une translation de propriété entre vifs*. L'acte entre vifs translatif de propriété peut se produire sous deux formes : un *contrat*, un *jugement* (2).

Contrats. — « Tout acte translatif... », dit la loi. Ces *actes translatifs* sont des *contrats*. La généralité du texte embrasse tous ceux qui peuvent effectuer un transfert de propriété : la *vente*, l'*échange*, la *société* (quand l'un des associés effectue en nature un apport d'immeubles pour sa mise) ; l'*ameublissement* (convention par laquelle les époux mettent en communauté non seulement leurs meubles, mais leurs immeubles : c'est l'équivalent d'un apport à une société) ; la *cession de droits successifs*, quand elle n'est pas assimilée à un partage ; la *dation en paiement*, quand un débiteur se libère en cédant un immeuble à son créancier au lieu de payer en argent.

Jugements. — D'après l'art. 1er, nos 3 et 4, deux sortes de jugements doivent être transcrits : *a*) *Celui qui constate l'existence d'une convention verbale translative de propriété* : ce jugement tient lieu de titre ; *b*) *Celui qui prononce une adjudication*. L'adjudication est l'acte par lequel se termine une vente aux enchères faite devant la justice. Les jugements d'adjudication opèrent en général une mutation de propriété ; ils rendent l'acquéreur propriétaire, ils doivent donc être transcrits. Il en est ainsi notamment pour les jugements d'adjudication qui interviennent à la suite d'une saisie opérée par les créanciers. Par exception, on verra (n° 2614) que certains jugements d'adjudication ne sont pas translatifs et, par suite, n'ont pas besoin d'être transcrits. Voyez aussi l'art. 2189.

****2613. Actes translatifs dispensés de transcription.** — Les cas dans lesquels la propriété peut passer d'une personne à une autre sans être soumise au système de publicité par transcription sont de deux sortes : il y a d'abord toutes les *transmissions par décès*, et ensuite *les actes qui anéantissent une transmission précédemment opérée*.

Transmissions par décès. — Comme on l'a vu par le texte même de

(1) Les art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855 énumèrent un grand nombre d'actes soumis à la publicité ; nous n'avons à nous occuper ici que de ceux qui ont pour objet le *transfert de la propriété*. Ceux qui ont un autre objet (usufruit, servitudes, etc.) se retrouveront plus loin, à propos de chacun de ces droits.

(2) Les *renonciations* dont il est question dans le 2° de l'art. 1er de la loi de 1855 sont relatives à l'*usufruit*, et non à la *propriété*.

la loi de 1855, *les actes* ENTRE VIFS *sont seuls soumis à la publicité.* Toutes les transmissions *par décès* échappent à la publicité. Ainsi le *légataire particulier* d'un immeuble n'est pas obligé de faire transcrire le testament ; à plus forte raison, *l'héritier ab intestat*, appelé par la loi, n'est-il pas obligé de rendre publique la mutation dont il profite (1).

JUGEMENTS PRONONÇANT LA RÉSOLUTION, LA NULLITÉ OU LA RESCISION D'UN ACTE TRANSCRIT. — Ces jugements déplacent la propriété, puisque celui qui l'avait la perd par l'anéantissement de son titre ; elle fait retour à son précédent titulaire. Cependant la loi de 1855 n'a pas soumis ces jugements à son système général de publicité ; elle ne les a pas non plus laissés complètement à l'état secret : on a organisé pour eux un système spécial. L'*avoué* qui a obtenu un jugement de ce genre doit en faire opérer la *mention en marge* de l'acte résolu, annulé ou rescindé. En cas d'omission de cette formalité, la sanction n'est pas l'inefficacité du jugement à l'égard des tiers, mais une *amende de* 100 *francs* pour l'avoué négligent. Le délai est d'*un mois*, à compter du jour où le jugement est devenu définitif (L. 23 mars 1855, art. 4. — Comp. ci-dessus, nº 2357).

***2614. Actes exempts de transcription par leur nature.** — Il y a des actes qui concernent *l'attribution* de la propriété sans être *translatifs*, parce que, bien qu'ils puissent servir de titre et de preuve au propriétaire, ils ne lui ont pas transféré la propriété, qui lui est acquise en vertu d'une *cause antérieure.* Ces actes sont les uns *déclaratifs* (partages et transactions), les autres *confirmatifs*, d'autres enfin purement *abdicatifs.*

PARTAGES. — Leur caractère déclaratif est écrit dans l'art. 883 : chaque copartageant est censé avoir succédé seul et directement au défunt pour tous les objets mis dans son lot et n'avoir jamais eu de droits sur le reste de la succession (2). Pour formuler cet effet du partage, la loi suppose un partage de *succession*, mais la règle est générale et s'applique à tous les partages, quelle que soit la cause de l'indivision, société dissoute, communauté entre époux, etc.

L'art. 883 assimile au partage certains *jugements d'adjudication.* Lorsque l'immeuble mis aux enchères appartenait par indivis à plusieurs personnes et qu'il est adjugé à l'un des copropriétaires, le cohéritier ou copartageant qui en devient propriétaire exclusif est réputé l'obtenir par un partage, c'est-à-dire par un acte déclaratif (art. 883). On dit alors que la *licitation* (vente aux enchères) *vaut partage.* En conséquence, l'adjudicataire est dispensé de faire transcrire (L. 23 mars 1855, art. 1er-4º). Mais si l'adjudicataire est un tiers (personne étrangère à l'indivision primitive), l'acte est *translatif*, on dit qu'il *vaut vente* et il doit être transcrit.

TRANSACTIONS. — La *transaction* est l'acte par lequel deux parties terminent une contestation née ou à naître en se faisant des concessions mutuelles (art. 2044). Si dans la transaction l'une des parties reconnaît à l'autre la propriété d'un immeuble qu'elle lui contestait, l'acte est purement *déclaratif* et n'a pas besoin d'être transcrit ; ce n'est pas dans la

(1) En Roumanie, il en est de même : les testaments se sont pas soumis à la transcription ; mais M. Alexandresco estime que cette solution est une erreur sur laquelle la jurisprudence reviendra à cause des art. 722 C. proc. civ. et 1801 C. civ. roumain (p. 149).

(2) En adoptant ce principe, le droit français moderne s'est écarté des traditions romaines, qui considéraient le partage comme *translatif* : les copartageants étaient censés *échanger* entre eux des parties indivises, pour se constituer des lots distincts. — La *loi belge* du 16 décembre 1851, art. 1er, soumet à la transcription même les actes déclaratifs. Mais en *Roumanie* le partage n'est pas sujet à transcription.

ransaction que se trouve le *titre* du propriétaire, mais bien dans l'acte antérieur (achat, legs, etc.) sur lequel il fondait sa prétention. Le caractère déclaratif de la transaction n'est exprimé dans aucun texte de loi, mais il résulte de sa nature et il est reconnu par la jurisprudence (Bordeaux, 17 mars 1892, D. 93. 2. 182, S. 94. 2. 9; Orléans, 24 nov. 1893, D. 94. 2. 287, S. 94. 2. 9).

Actes confirmatifs. — Ces actes supposent l'existence d'une *nullité relative*. La personne qui aurait le droit de demander la nullité peut renoncer à son action par un acte formel : c'est ce qu'on appelle la *confirmation* de l'acte annulable (art. 1338). Quand l'acte confirmé était une *aliénation d'immeuble*, l'acte confirmatif n'a pas besoin d'être transcrit, parce que ce n'est pas lui qui déplace la propriété; l'acte primitif, dont la nullité aurait pu être demandée, est seul sujet à transcription, parce que c'est lui qui a opéré le transfert.

Actes purement abdicatifs. — Ce sont les renonciations faites, *avant toute acceptation*, à un legs ou à une succession ouverte; ces renonciations ont pour effet d'enlever le bénéfice du legs ou de la succession à celui qui en était investi de plein droit, et de les faire passer au degré suivant; mais comme la renonciation est *rétroactive*, celui qui renonce est réputé n'avoir jamais eu de droits sur la succession ou sur le legs (art. 785). Par suite, la dévolution s'opère, non pas entre vifs et du chef du renonçant, mais *par décès* et directement du défunt à ses héritiers acceptants.

2° Effet du défaut de transcription.

****2615. Inefficacité relative de l'acte non transcrit.** — Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement : l'art. 1138 n'a pas été *abrogé* par la loi de 1855, et la simple convention de vente est encore, en principe, translative de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être *absolue*, n'est plus que *partielle* : il ne régit plus toutes les personnes que la vente intéresse. Il y a certaines personnes, spécialement protégées par la loi de 1855, qui auront le droit de méconnaître la vente si elle n'a pas été rendue publique et à l'égard desquelles le vendeur n'aura pas cessé d'être propriétaire. Selon la formule de la loi de brumaire, art. 26, et de la loi de 1855, art. 3, l'*acte non transcrit* ne leur est pas *opposable*; pour ces personnes, mais *pour elles seulement*, les choses doivent se passer comme si cet acte tenu secret n'avait pas été fait. En d'autres termes, le défaut de transcription entraîne une *inefficacité simplement relative* du titre non transcrit. Il importe donc de déterminer avec soin *quelles sont les personnes admises à opposer le défaut de transcription*. — Comp. Cass., 1er déc. 1902, D. 1904. 1. 1, et la note de M. de Loynes.

****2616. Formule générale donnée par la loi.** — La loi n'a pas énuméré les personnes qui ont le droit d'opposer le défaut de transcription; elle a indiqué, d'une manière générale, les *conditions qu'il faut remplir pour avoir ce droit*. Voici ce qu'elle dit : l'acte non transcrit ne pourra pas être opposé aux « *tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois* » (art. 3). Bien qu'il n'y ait que deux conditions apparentes dans ce texte, il y en a en réalité trois. Il faut :

1° Que l'on ait acquis des droits sur l'immeuble;

2° Que ces droits soient sujets à la publicité ;

3° Que l'on ait rendu son titre public.

2617. **Première condition. — Il faut *avoir des droits sur l'immeuble* ; peu importe que ces droits soient *réels* ou *personnels*. En général, les tiers que la loi protége par le système de la transcription sont possesseurs de droits réels (acquéreurs de la propriété ou de l'usufruit, voisins ayant acquis des servitudes, créanciers munis d'hypothèques, etc.). Cependant cela n'est pas absolument nécessaire pour opposer le défaut de transcription : la même faculté est reconnue à des personnes qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit personnel de jouissance et qui sont de simples locataires. L'intention du législateur sur ce point est certaine, parce que la rédaction primitive portait que l'acte non transcrit ne serait pas opposable « à ceux qui ont des droits *réels* sur l'immeuble ». Or le mot « réels » a été retranché sur une observation de M. Rouher, précisément pour permettre aux locataires de profiter de la même protection que les autres. La discussion du Conseil d'État est inédite, mais le passage indiqué a été cité dans Sirey (60. 1. 608, en note). Comp. Aubry et Rau, t. II, § 173, note 13.

Peu importe encore que ces droits soient acquis par un *contrat* ou dérivent de la *loi*, comme les privilèges et certaines hypothèques. C'est pour comprendre même les droits de ce genre qu'on a évité d'employer la formule dont s'était servie la loi de brumaire : « Les tiers qui ont *contracté* avec le vendeur ».

Personnes remplissant la première condition. — Ces personnes sont :

1° L'*acquéreur de la propriété* par contrat ou par adjudication.

2° L'*usufruitier* ou *usager*.

3° L'*emphytéote*.

4° Le voisin à qui le propriétaire a concédé une *servitude foncière*.

5° Le *créancier* ayant *hypothèque* ou *privilège* sur l'immeuble.

6° Le *locataire*.

Les cinq premières catégories possèdent un droit réel ; le locataire seul n'en a pas.

Personnes ne remplissant pas la première condition. — Au contraire, ne pourront pas opposer le défaut de transcription les *créanciers chirographaires de l'aliénateur*, c'est-à-dire les créanciers qui n'ont ni privilège ni hypothèque : ils n'ont aucun droit particulier à faire valoir sur l'immeuble.

A leur égard l'acte d'aliénation est efficace, dès qu'il a date certaine, bien qu'il ne soit pas transcrit, il leur est *opposable*, et le bien aliéné par leur débiteur est sorti de leur gage (voyez ci-dessous, nos 2620 et suiv.).

2618. **Seconde condition. — Il ne suffit pas que le tiers ait un droit sur l'immeuble : il faut *que ce droit soit soumis au régime de la publicité*.

Cela n'est pas dit dans le texte, mais cela résulte de la combinaison des deux membres de phrases employés dans l'art. 3. Par suite sont exclus, comme ne remplissant pas cette seconde condition, les *locataires* dont le bail ne dépasse pas 18 ans (L. 23 mars 1855, art. 2, nº 4) et les *légataires particuliers* (Toulouse, 13 mars 1913, D. 1913. 2. 313, et ci-dessus, nº 2613) (1).

****2619. Troisième condition.** — Il ne suffit pas d'avoir « des droits sur l'immeuble » et des droits soumis à la publicité, il faut encore « *les avoir conservés conformément aux lois* ». Cette formule un peu énigmatique signifie que le tiers qui veut se prévaloir contre l'acquéreur du défaut de transcription, doit lui-même être en règle avec la loi et *avoir effectué de son côté la publicité de son propre titre.* La loi n'entend donc point parler ici d'une conservation quelconque, mais seulement d'une conservation par voie de publicité. L'efficacité des droits est donc le prix de la célérité : qui transcrit ou inscrit le premier l'emporte.

Applications. — Supposons que le *conflit s'élève entre deux acheteurs*, acquéreurs du même bien. La préférence entre eux se réglera, non pas par la date respective de leurs titres d'acquisition, ni même par la mise en possession de fait ou tradition, comme nous l'avons vu pour les meubles dans l'art. 1141, mais uniquement par la *priorité de la transcription.* Ainsi, si le second acheteur transcrit le premier son titre, c'est lui qui sera propriétaire et qui gardera l'immeuble, bien qu'il ait traité avec un vendeur qui n'était plus lui-même propriétaire ; mais l'acte antérieur ne lui était pas opposable, faute d'avoir été transcrit.

Le conflit se réglerait de même si l'acheteur d'un immeuble se trouvait en présence d'un voisin ayant acquis par convention une *servitude* sur l'immeuble vendu. Cet acheteur a-t-il eu soin de faire transcrire son titre d'achat? *La servitude non rendue publique ne lui est pas opposable, alors même que sa constitution serait antérieure à la vente.* L'acte constitutif de servitude a-t-il été transcrit avant la vente? *La servitude est opposable à l'acheteur, alors même qu'elle aurait été constituée par le vendeur après la vente.*

Supposons maintenant que l'acheteur soit en conflit avec un *créancier hypothécaire* de son vendeur. Ce créancier doit prendre *inscription.* Peu importe la différence matérielle des deux formalités, inscription et transcription. C'est toujours d'une mesure de publicité qu'il s'agit, et le conflit entre acheteur et créancier hypothécaire se réglera encore par le même principe. On n'a pas à rechercher si la constitution de l'hypothèque est antérieure ou postérieure à la vente, mais seulement si l'inscription a été prise avant que la vente ne fût transcrite : si l'inscription est antérieure à la transcription, l'hypothèque est opposable à l'acheteur et grèvera l'immeuble entre ses mains ; sinon, l'hypothèque est perdue pour le créancier. Aucune difficulté ne se présente quand les deux formalités ont eu lieu à des jours différents ; si elles ont été remplies le même jour, le conflit entre la transcription et l'hypothèque se règle par la *priorité d'heure* (Paris, 15 mai 1900, S. 1902. 2. 187). Voyez sur ce point tome II, nº 3197. Voyez aussi, pour une *saisie* et une *vente* présentées en même temps à la transcription, Caen, 18 juin 1908 (C. 1908. 1. 361) : la saisie a été annulée comme n'ayant pas été transcrite avant la vente.

Une vente peut encore être transcrite après le jugement déclaratif de faillite.

(1) Cependant il y a lieu de transcrire les baux à domaine congéable (ci-dessus, nº 2528), quelle qu'en soit la durée. Mais si une *baillée* de moins de 18 ans a besoin d'être transcrite, ce n'est pas en qualité de location : c'est parce qu'elle implique une cession de la *superficie*, c'est-à-dire d'un droit de propriété (ci-dessus, nº 2524).

APPENDICE

SITUATION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES EN MATIÈRE DE TRANSCRIPTION

***2620. Rédaction intentionnelle de la loi.** — Les créanciers chirographaires sont privés du droit d'opposer le défaut de transcription (ci-dessus, nº 2617) : cependant ils ne sont pas nommés, ni eux ni personne, dans l'art. 3 de la loi de 1855 ; mais la rédaction un peu contournée de cet article a été précisément étudiée et combinée pour *les exclure de la catégorie des tiers protégés par la loi* ; la formule qui a été employée est *dirigée contre eux.* C'est avec intention qu'on a abandonné la rédaction de la loi de brumaire, qui parlait des tiers ayant « contracté » avec le vendeur : cette formule a paru trop large, parce que tous les créanciers tenant leur droit d'un contrat auraient pu réclamer le bénéfice de la loi, sans distinction entre ceux qui ont une hypothèque et ceux qui n'en ont pas. Afin d'écarter ces derniers, on a réservé le droit d'opposer le défaut de transcription à ceux « qui ont *des droits* (1) sur l'immeuble » ; on exclut ainsi les simples créanciers chirographaires.

***2621. Comment un créancier chirographaire aurait intérêt à opposer le défaut de transcription.** — Pour comprendre en quoi le système de la loi française lui est défavorable, il faut supposer que le créancier chirographaire pratique une *saisie immobilière.* Naturellement il ne peut saisir que les biens qui sont dans le patrimoine de son débiteur ; ceux qui en sont sortis par l'effet d'une aliénation antérieure sont hors de son gage et ne peuvent être saisis par lui. Il importe donc de déterminer à quelles conditions une vente consentie par le débiteur devient opposable à ses créanciers chirographaires : grâce à l'art. 3, il suffit qu'elle ait acquis *date certaine*, il n'est pas nécessaire qu'elle ait été transcrite. Même avant la transcription, la vente a fait sortir le bien à leur égard du patrimoine de leur débiteur.

Cette solution a été vivement contestée. M. Labbé notamment a soutenu que les créanciers chirographaires acquéraient par la saisie un *droit réel*, qui leur permettait d'opposer désormais le défaut de transcription des ventes antérieures (note sous Paris, 9 févr. 1877, S. 77. 2. 55). Son opinion a été réfutée par M. Beudant (note sous Cass., 25 juill. 1877, D. 78. 1. 49) (2). La saisie entraîne le *dessaisissement* du débiteur, qui ne peut plus disposer du bien saisi, soit en l'aliénant, soit en l'hypothéquant, au préjudice du créancier saisissant (art. 686 C. proc. civ.), et pour prévenir les tiers qui traiteraient avec lui, la loi veut que le procès-verbal de saisie soit transcrit au bureau des hypothèques (art. 678 C. proc. civ.) ; c'est à partir de cette transcription que le bien devient indisponible. Mais c'est là une pure *déchéance personnelle*, qui frappe le débiteur ; il n'en résulte aucun droit réel au profit du saisissant. Donc les créanciers chirographaires peuvent bien tenir pour non avenue une vente, transcrite ou non, consentie *après la transcription de la saisie*, parce qu'elle a été faite par un propriétaire dessaisi de son bien à leur égard ; mais faute d'avoir un droit réel sur l'immeuble, ils ne peuvent méconnaître les ventes antérieures à cette transcription, quand bien même elles ne seraient pas transcrites : dans les deux cas la transcription est indifférente ; c'est de la date de la vente que dépend sa validité.

***2622. Inconséquence de la loi française.** — L'exclusion des créanciers chirogra-

(1) On a vu au nº 2617 que le projet primitif disait « droits réels », et que le mot « réels » a été effacé seulement quand on s'est décidé à soumettre au régime de la publicité certains locataires et certains cessionnaires de loyers, qui ne sont que des créanciers chirographaires d'un genre spécial. Malgré cette double dérogation, on peut dire que le principe subsiste et que le système de publicité organisé en 1855 est fait pour ceux qui ont des droits réels et non pas pour les autres.

(2) Les arrêts annotés par MM. Labbé et Beudant admettent le créancier saisissant à opposer le défaut de transcription ; mais ils s'expliquent parce que, dans l'espèce, le créancier était un créancier *hypothécaire* : il avait donc un droit réel, à ce dernier titre et non comme saisissant.

phaires du droit d'opposer le défaut de transcription a été souvent signalée comme une *inconséquence* du système français. En effet, quand ces créanciers sont placés *en face d'un créancier hypothécaire* qui a négligé de rendre son hypothèque publique, ils peuvent lui opposer ce *défaut d'inscription* : l'hypothèque n'est efficace, en principe, qu'à la condition d'être inscrite ; faute d'inscription, le créancier hypothécaire ne peut pas se prévaloir de son droit de préférence contre la masse chirographaire. Et ces mêmes créanciers chirographaires placés *en face d'un acte d'aliénation*, qui leur nuit encore plus gravement qu'une hypothèque, ne peuvent pas opposer à l'acquéreur le *défaut de transcription* ! Ce n'est pas logique. Mourlon a eu bien raison de dire à ce sujet : « Au lieu de créer la confiance, c'est l'anéantir, puisque c'est rendre partout nécessaire l'intervention des garanties hypothécaires » (*Transcription*, t. II, p. 48, n° 435). En effet, c'est pousser les créanciers à se faire donner des hypothèques pour avoir « un droit sur l'immeuble » et être ainsi à même de se prévaloir du défaut de transcription.

2623. Lois étrangères. — La *loi hypothécaire belge* de 1851 permet aux créanciers chirographaires d'opposer le défaut de transcription (art. 1er) (1). Le *Code espagnol* (art. 606) permet d'une façon générale *aux tiers* d'opposer le défaut de transcription, ce qui englobe nécessairement les créanciers. Il semble bien aussi que tel soit le système du *Code néerlandais*, dans lequel la convention de donner ne transfère pas la propriété, le transfert résulte seulement d'une tradition faite sous la forme d'une transcription (art. 638, 671, 1271 et 1273).

Cependant le *Code civil italien* a suivi le système français : son art. 1942 exige que les tiers « aient des droits sur l'immeuble » pour opposer le défaut de transcription.

***2624. Cas où les créanciers chirographaires acquièrent un droit réel sur l'immeuble.** — Dans certaines circonstances exceptionnelles les créanciers chirographaire peuvent acquérir un droit réel sur l'immeuble et se trouver ainsi placés dans les conditions voulues par la loi de 1855 pour opposer le défaut de transcription. Ces cas sont au nombre de deux : la *faillite* et la *séparation des patrimoines* ; dans ces deux cas les créanciers chirographaires acquièrent une hypothèque sur l'immeuble aliéné.

Faillite. — Quand une personne tombe en faillite, l'art. 490 C. com. donne à ses créanciers chirographaires *une hypothèque légale* sur ses biens. Si on suppose qu'avant sa faillite cette personne a vendu un immeuble et que l'acheteur n'a pas fait transcrire son titre, le syndic de la faillite, représentant la masse des créanciers, pourra faire inscrire l'hypothèque de l'art. 490 et donner ainsi aux créanciers le droit d'invoquer le défaut de transcription. A partir de l'inscrip ion de son hypothèque, la masse chirographaire a acquis « des droits sur l'immeuble » et « .'s a conservés conformément aux lois ».

Séparation des pati moines. — Ce second cas suppose que le vendeur vient à mourir avant la transcription de . vente, et que ses créanciers demandent la séparation des patri moines contre son héritier 2) ; malheureusement cette hypothèse, qui suppose connues les règles des successions, ne eut être examinée ici. Disons seulement que la séparation des patrimoines doit être rendue ublique par voie d'inscription sur les immeubles (art. 2111), et que la jurisprudence décide q e cette inscription donne aux créanciers du défunt un véritable *privilège* sur les biens hé ditaires. Il en résulte que les créanciers du vendeur défunt qui prennent une inscription . ur tous ses biens (y compris l'immeuble vendu au

(1) Cet article porte que jusqu'à la tran cription, les actes translatifs de propriété ne peuvent être opposés *aux tiers qui auraient con. acté* sans fraude. Le sens de cette disposition a été discuté en Belgique. On s'est demandé s on avait voulu comprendre sous ce nom même les créanciers chirographaires, ou si la loi vait donné au mot « tiers » un sens restrictif comme l'avait fait la loi du 11 brumaire an VII. Voyez la discussion de ce point dans Laurent, t. XXIX, nos 173-181. La Cour de cassatio s'est prononcée en faveur des créanciers chirographaires (8 mai 1856), *Pasicrisie*, 56. 1. 26), et son arrêt a fait jurisprudence.

(2) La séparation des patrimoines est un bénéfice des né à protéger les créanciers d'une personne décédée contre les créanciers de son héritier, q and celui-ci est insolvable : on sépare les deux patrimoines, celui du défunt et celui de son éritier, et on emploie les biens du défunt à payer ses créanciers par préférence aux créancier de l'héritier ; ces derniers ne peuvent avoir de droits que sur le reliquat net de la successio déduction faite du passif.

tiers acheteur) pour conserver leur privilège, peuvent opposer à cet acheteur le défaut de transcription de son titre ; ils sont devenus des créanciers munis d'un droit réel.

SECTION II. — Transcription des donations.

***2625. Existence d'un régime spécial aux donations.** — A côté du système général de transcription, qui dérive des lois du 11 brumaire an VII et du 23 mars 1855, un système spécial fonctionne chez nous pour les donations. Pour en trouver l'origine, il nous faut remonter au XVIe siècle.

A. — Histoire.

***2626. L'insinuation.** — Dans notre ancien droit, les donations entre vifs étaient vues avec défaveur ; on avait alors, au plus haut degré, le souci de conserver les biens dans les familles. Des libéralités, qui spoliaient les parents pour enrichir les étrangers, apparaissaient comme suspectes, comme l'œuvre de la captation et de la fraude, et cependant les *réserves* coutumières ne protégeaient les familles que contre les testaments. Pour enrayer les libéralités entre vifs, on imagina de les rendre publiques. On pensa que le donateur hésiterait à faire sa libéralité quand il lui faudrait la faire connaître, parce que la publicité de la donation serait souvent la confession publique de ses motifs. L'ordonnance de Villers-Cotterets, d'août 1539, décida que dorénavant les donations n'auraient leur effet qu'à compter du jour où elles auraient été enregistrées dans les cours de justice (art. 132). Cette formalité s'appela l'*insinuation*, en souvenir d'une ancienne formalité romaine, de nature analogue, qui s'appliquait également aux donations. L'insinuation établie par l'ordonnance de Villers-Cotterets a duré jusqu'au Code civil.

A la différence de l'insinuation romaine, qui était une *condition absolue pour l'existence de la donation*, même entre les parties, l'insinuation française n'a jamais été qu'une *mesure de publicité* destinée à protéger les *tiers* et son absence n'empêchait pas la donation de produire effet entre les parties. — L'insinuation était exigée en principe pour toutes les donations, *même mobilières*. Il n'y avait qu'un petit nombre d'exceptions, indiquées par l'ordonnance de 1731.

***2627. Époque intermédiaire.** — *L'insinuation ne fut pas supprimée* ; les lois nouvelles la réglementèrent, notamment la loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII (art. 72). Mais quand vint la loi sur les hypothèques du 11 brumaire an VII, qui établit la transcription, *les donations d'immeubles se trouvèrent soumises en outre à cette formalité nouvelle*. Par suite, lorsque la donation avait pour objet des biens ou droits immobiliers susceptibles d'hypothèques, le même acte donnait lieu à une double publicité : il devait être *insinué au greffe du tribunal* et *transcrit au bureau des hypothèques*. Or ces deux formalités ne suivaient pas les mêmes règles, et notamment *les personnes qui pouvaient se prévaloir contre le donataire du défaut de publicité n'étaient pas les mêmes*. On a déjà vu quelles étaient ces personnes pour le défaut de transcription : elles étaient les mêmes que s'il se fût agi d'une vente ; la loi de brumaire ne faisait aucune distinction entre les aliénations à titre onéreux et les aliénations à titre gratuit. Pour le défaut d'insinuation, l'*ordonnance était beaucoup plus large*. Le donateur était seul à ne pouvoir l'opposer : ses *créanciers chirographaires*, ses *légataires* et ses *héritiers* eux-mêmes pouvaient le faire, toutes les fois qu'ils y avaient intérêt. L'art. 27 de l'ordonnance de 1731 était formel.

***2628. Le Code civil.** — Le concours de l'insinuation et de la transcription pour un même acte était un luxe inutile de formalités. Le Code civil *supprima l'insinuation*, de sorte qu'aucune publicité n'est plus requise pour les donations de meubles. *La transcription fut seule conservée* (art. 939), mais ce ne fut pas la transcription de la loi de brumaire ; ce que le Code a organisé sous ce nom pour les donations est une *institution mixte*, qui tient à la fois de la transcription moderne et de l'insinuation ancienne.

B. — Droit actuel.

***2629. Publicité par la transcription.** — Dans la forme, les donations sont soumises à la même publicité que les aliénations à titre onéreux : elles sont *transcrites au bureau des hypothèques*. La seule différence consiste dans la *sanction* en cas d'omission, c'est-à-dire dans la liste des personnes qui ont le droit d'opposer le défaut de transcription.

****2630. Sanction du défaut de publicité.** — Une donation d'immeuble a été faite en propriété ; elle n'a pas été transcrite. Qui va pouvoir se prévaloir de l'omission de cette formalité? L'art. 941 répond ainsi à cette question : « *Toutes personnes ayant intérêt*, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur. » Cette formule est évidemment imitée de l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 qui était ainsi conçu : « Le défaut d'insinuation pourra être opposé tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur que par ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et généralement par tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le donateur... » Il est visible tout d'abord que ces dispositions, aussi bien celle du Code que celle de l'ordonnance sont beaucoup plus larges que l'art. 3 de la loi de 1855. On peut dire que les deux espèces de transcription se font exactement antithèse : pour les aliénations à titre onéreux, le transfert de la propriété est *opposable à tous*, en principe, indépendamment de la transcription ; seules les catégories exceptionnelles définies dans l'art. 3 de la loi peuvent se prévaloir du défaut de publicité ; pour les aliénations à titre gratuit, c'est l'inverse : le transfert est *non avenu à l'égard de tous*, en principe, tant qu'il n'a pas été transcrit ; seules les catégories exceptionnelles qu'indique l'art. 941 sont privées du droit d'opposer le défaut de publicité.

****2631. Personnes pouvant opposer le défaut de transcription.** — Voici maintenant comment on peut établir la comparaison entre les deux systèmes de transcription :

1° Toutes les personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription, quand il s'agit d'une vente, le peuvent à plus forte raison quand il s'agit d'une donation ; ces personnes sont les acquéreurs de droits réels et les locataires pour plus de dix-huit ans (ci-dessus, n°s 2617 et 2618).

2° En outre, deux catégories, qui sont privées de ce droit par la loi de 1855, le possèdent au contraire en vertu du Code civil, quand il s'agit de donations entre vifs ; ce sont : *a*) les *créanciers chirographaires du donateur* (Limoges, 28 févr. 1879, D. 80. 2. 126, S. 80. 2. 52), et *b*) les *légataires particuliers*. Les premiers ont en effet un intérêt évident à faire considérer comme nulle la donation non transcrite quand ils ont saisi le bien donné, et les seconds quand il leur a été légué : l'ordonnance de 1731 les nommait

expressément ; l'art. 941 les comprend nécessairement dans la formule générale dont il se sert : « Toutes personnes ayant intérêt. »

2632. Personnes privées du droit d'opposer le défaut de transcription. — Le Code civil mentionne d'abord *le donateur*, ce qui est bien naturel ; la publicité n'a pas été faite pour le protéger.

La jurisprudence ajoute *les héritiers et légataires universels du donateur* (Cass., 1er août 1878, D. 79. 1. 167, S. 79. 1. 483). La raison qu'elle en donne est que les successeurs universels n'ont en principe pas plus de droits que leur auteur ; pour leur permettre d'attaquer a donation, il faudrait un texte formel, dérogeant aux principes généraux, et ce texte manque. — J'estime que c'est mal interpréter la loi · les *héritiers du donateur* ainsi que ses *légataires universels* devraient avoir le même droit qu'on accorde à ses créanciers chirographaires. L'ordonnance de 1731 le leur accordait en termes formels : pour abréger la rédaction du texte, le Code a supprimé l'énumération qui figurait dans l'art. 27 de l'ordonnance et où les héritiers du donateur étaient spécialement nommés ; il a conservé seulement la formule générale : « Toutes personnes ayant intérêt », qui terminait et résumait cette énumération. Sa disposition a donc la même valeur que celle de l'ordonnance. D'autre part, le Code avait abandonné la transcription de la loi de brumaire ; s'il a voulu la publicité pour les donations, cela ne peut être que pour maintenir les principes de l'ordonnance ; il a seulement, pour simplifier les services administratifs, supprimé les bureaux spéciaux d'insinuation pour adopter les registres de la transcription ; mais ce changement de pure forme n'empêche pas que ce soit l'insinuation des donations qu'il a maintenue sous le nom de transcription. La filiation des textes le prouve surabondamment.

Enfin la loi mentionne encore, comme étant dans le même cas, « les personnes chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants cause ». L'explication de ce passage de la loi est très simple. Lorsque la donation est offerte à un incapable (femme mariée, mineur, interdit), la transcription, destinée à lui assurer le bénéfice définitif de la donation, *doit être faite en son nom par la personne qui a l'administration de ses biens* (le mari de la femme, le tuteur du mineur ou de l'interdit). Si la transcription n'a pas été faite, *ces personnes sont en faute*. Il est donc tout naturel, si elles-mêmes ont acquis des droits sur l'immeuble donné, qu'elles ne puissent pas se prévaloir de leur négligence pour nuire au donataire. Il serait injuste que leur faute eût pour conséquence d'améliorer leur situation aux dépens de l'incapable qu'elles étaient chargées de protéger. Naturellement encore leurs ayants cause sont dans la même situation qu'elles.

§ 3. — *Critique du système français.*

2633. Lacunes du système. — La loi française laisse sans publicité aucune toutes les *mutations par décès*. Il en est à peu près de même pour les *résolutions et annulations de titres*, qui équivalent à une aliénation, puisqu'elles déplacent la propriété, et lui font faire retour à son précédent titulaire : les jugements de résolution et d'annulation doivent bien être transcrits, mais le défaut de transcription de ces jugements n'est puni que d'une amende insignifiante et laisse à l'acte toute son efficacité (ci-dessus, nos 2357 et 2613). — Grâce à ce fonctionnement incomplet de la transcription, *l'incertitude continue souvent à planer actuellement sur la propriété* ; les transmissions par décès, même en vertu d'un legs, sont très fréquentes et toujours *occultes*, ou du moins le registre du conservateur n'en avertit pas les tiers. Mais il serait facile de combler ces lacunes sans modifier le système général de la loi française.

On a établi la publicité pour un cas particulier de résolution, celui où la résolution est demandée par un précédent vendeur qui n'a pas été payé : il ne peut atteindre les sous-acquéreurs toutes les fois que l'existence de son action n'a pas été rendue publique (L. 23 mars 1855, art. 7). Voyez t. II, no 1569.

***2634. Mauvaise organisation des registres.** — Les registres sont tenus *par noms*

de personnes (ci-dessus, nº 2600). Il en résulte que pour être renseigné exactement sur la situation actuelle d'un immeuble, il faut *connaître les noms de tous ses propriétaires successifs, sans exception, et les signaler tous au conservateur.* On doit lui demander : « Existe-t-il des transcriptions ou des inscriptions effectuées au nom de MM. Tel, Tel, etc., propriétaires successifs de tel immeuble? » Qu'il y ait un seul nom omis ou mal indiqué et méconnaissable, tout le système manque son but, et la sécurité des tiers est détruite, quand ils veulent acheter l'immeuble ou se le faire hypothéquer, parce que des actes peuvent avoir été transcrits, ou des hypothèques inscrites, du chef de ce propriétaire dont le nom a été ignoré (1).

***2635. Projet d'établissement de livres fonciers.** — Le système qu'il faudrait substituer à celui-là est bien connu : les livres des conservateurs devraient être des *livres fonciers*, où chaque immeuble figurerait sous son numéro d'ordre, et où tous les actes concernant le même immeuble se trouveraient à la suite les uns des autres, dans l'ordre de leurs dates. De pareils registres seraient donc tenus *par parcelles* et non plus *par noms de personnes.* Mais en l'état actuel des choses, leur création en France est impossible. Leur confection supposerait la *réfection entière du cadastre* (2), qui ne donne plus, à beaucoup près, le plan actuel de la propriété foncière ; des séparations et des réunions de parcelles ont été opérées en nombre incalculable, qui ont tout transformé, et un grand nombre d'erreurs matérielles ont été commises. Or la réfection du cadastre est une opération colossale, devant laquelle tous les gouvernements ont reculé jusqu'à présent.

Le cadastre actuel, qui a été exécuté de 1807 à 1850, a coûté 160 millions ; un nouveau cadastre coûterait certainement beaucoup plus cher à établir aujourd'hui, et sa tenue au courant serait fort onéreuse.

La commission extraparlementaire instituée en 1891, sous le titre de *commission du cadastre* (ci-dessus, nº 2365), a admis l'institution de livres fonciers en France. Voir Massigli, *Rapport général sur l'institution des livres fonciers*, Paris, Impr. nationale, 1905 ; Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891, in-8 ; Du même, *Le crédit foncier et les charges de la propriété immobilière... la publicité des livres fonciers* (Rapport au Congrès international de la propriété foncière, Paris, 1900). — Thèses sur les livres fonciers par MM. Rousseau, Poitiers, 1893 ; Magnin, Grenoble, 1896.

***2636. Inconvénient du caractère facultatif de la transcription.** — La transcription n'est pas obligatoire, et en fait, il y a un grand nombre de ventes qui ne sont pas transcrites (3). On en compte 26 pour 100 qui sont enregistrées, sans être transcrites,

(1) Les vices de notre système ont été exposés par M. Charles Gide, dans les termes suivants que je reproduis ici, ne pouvant mieux dire : « Vous voulez savoir la situation « de tel domaine. Vous demandez au conservateur s'il est hypothéqué. Il vous répond : « Je ne connais pas les immeubles ; je ne connais que les propriétaires. Vous citez alors « le nom du propriétaire actuel : Jean Bernard. Le conservateur trouve une demi-douzaine « de Jean Bernard, qui sont tous grevés d'hypothèques. Il vous délivre un état portant « toutes les hypothèques de ces homonymes. Par contre, si vous omettez ou si vous dési- « gnez mal les noms des précédents propriétaires, le conservateur ne fait pas de recherches « au nom de ces personnes et vous risquez d'ignorer les hypothèques qu'ils ont établies. » (Ce que M. Gide dit ici des hypothèques peut se dire aussi bien des aliénations consenties.) « Ajoutez que dans tous les actes, même notariés, et par conséquent dans les transcriptions, « le signalement de l'immeuble est donné le plus souvent par les noms des propriétaires « voisins. Quand les voisins ont changé, on ne sait plus de quel immeuble il s'agit. Heureu- « sement, dans toute législation il y a une certaine *plasticité*, qui fait que les hommes s'ac- « commodent de celles qui paraissent les plus défectueuses et finissent par y vivre à l'aise. « Chez nous, les *notaires* sont la cheville ouvrière de tout le système. Comme ils conservent « d'ordinaire les mêmes clients de génération en génération, ils réussissent sans trop de « peine à reconstituer dans leurs études l'histoire de chaque domaine un peu important « et à obtenir du conservateur des hypothèques des états à peu près exacts » (*Bulletin* de la Société de législation comparée, avril 1886, p. 323).

(2) Sur le cadastre, voyez ci-dessus, nº 2365. Voyez aussi la loi du 17 mars 1898, tendant à rendre plus facile et plus économique la revision du cadastre, au moyen de subventions accordées par l'État aux communes et départements (ci-dessus, nº 2383).

(3) Ceci n'empêche pas de répéter tous les jours que la loi du 23 mars 1855 a rétabli la *transcription obligatoire*. Les deux idées sont conciliables : quand on parle de transcription « obligatoire », on fait allusion au grand intérêt qu'a l'acquéreur à transcrire, pour pouvoir

et la proportion serait sans doute plus forte, si on tenait compte des ventes faites par actes sous seings privés qui ne sont même pas enregistrées. On ne se fait pas en général l'idée du grand nombre des ventes immobilières qui portent sur des biens de peu de valeur et pour lesquelles les parties cherchent à économiser les frais. En 1889, sur 737 000 ventes enregistrées, il y en avait plus de 300 000 dont le prix ne dépassait pas 500 francs, et plus de 100 000 autres pour lesquelles il se tenait entre 500 et 1 000 francs. L'omission de la transcription ne constitue pas cependant une grosse économie ; en effet, depuis 1816, le droit proportionnel de transcription est perçu au moment où l'acte est présenté pour être enregistré, alors même que la transcription n'en serait pas requise (Loi du budget du 28 avril 1816, art. 52 et 54) et la transcription ne donne lieu qu'à un droit fixe.

§ 4. — *Systèmes étrangers.*

2637. Diversité des législations. — Le système français de la transcription a été adopté ou conservé dans différents pays :

En *Belgique* (Loi hypothécaire du 16 décembre 1851). Voir LAURENT, *Principes du droit civil*, t. XXIX, p. 5 et suiv.

En *Hollande*, Code néerlandais, art. 671 : « La tradition des immeubles se fait par la transcription de l'acte dans les registres à ce destinés. » Comp. art. 1494 et 1495. Voyez aussi le *Bulletin* de la Société de législation comparée, de juillet 1877, p. 544.

En *Italie* (art. 1932-1947 C. civ.).

En *Espagne* (art. 605-608 C. civ.).

Dans tous ces pays le mode de publicité est le même qu'en France ; c'est la transcription. Il n'existe entre leurs législations et la nôtre que des différences d'organisation d'ordre secondaire. Mais on trouve dans quelques pays des systèmes de publicité fondés sur des bases fort différentes, qu'il est bon de connaître sommairement, parce qu'il s'y fait de perpétuelles allusions dans les discussions sur les réformes possibles en France.

A. — Système Torrens.

2638. Son inventeur. — L'inventeur du système, Sir Robert Torrens, mort en 1884, était fils du colonel Torrens, qui fut l'un des fondateurs de la colonie de South-Australia et qui a laissé son nom à plusieurs fleuves et lacs de ce pays. Il était directeur de l'enregistrement (*Registrar general*), quand il fut frappé du contraste que présentaient dans les colonies australiennes deux espèces de propriétaires : les *acquéreurs de terres publiques* qui tenaient directement leurs droits de la couronne, et les autres, qui tenaient leurs droits d'un *acte privé*, vente ou testament ; autant la situation des premiers était simple et liquide, autant celle des seconds paraissait le plus souvent obscure et mal établie. Cela lui donna l'idée d'introduire la *simplicité* et la *sécurité* dans les aliénations immobilières par un moyen très simple : il suffisait de considérer tous les acquéreurs comme les ayants cause directs de l'État, la terre étant censée revenir à la couronne à chaque mutation. R. Torrens commença sa campagne en 1856, se fit nommer député, et la loi établissant son système fut votée en 1858, sous le titre de *Real property act.* Depuis lors, plus d'une modification y a été apportée, même dans son pays d'origine (1).

opposer son titre à ceux qui traiteraient après lui avec son vendeur ; quand on parle de transcription « facultative », on veut dire qu'il n'y est contraint qu'indirectement par son intérêt et qu'il n'y a point de *sanction directe*, telle que l'amende infligée à ceux qui ne font point enregistrer leurs baux.

(1) L'Australie n'a pas eu la primeur de ce système : notre ancienne province de Bretagne possédait, sous le nom d'*Appropriances par bannies*, une institution qui produisait déja ce résultat, bien que ses formes fussent fort différentes. D'autre part les principes

2639. Bibliographie. — Thèses sur le système Torrens : LÉON ESTIVANT, Paris, 1899 ; RENÉ VIOLLETTE, Paris, 1900. Autres indications bibliographiques dans le *Nouveau Dictionnaire d'économie politique*, de LÉON SAY et CHAILLEY, v° Torrens.

2640. Analyse du système. — La soumission au système Torrens est facultative, sauf pour les concessions nouvelles faites par l'État. Après examen des titres par le *Registrar general* (directeur de l'enregistrement) et après une publicité destinée à avertir les tiers et à provoquer les oppositions, l'immatriculation est prononcée et on dresse deux certificats identiques, contenant la description de l'immeuble avec l'indication des charges qui le grèvent ; l'un de ces certificats est remis au propriétaire, à qui il sert de titre ; l'autre est inséré au registre, dont il forme désormais un folio numéroté. — Les registres sont tenus, non pas par *noms de personne*, comme chez nous, mais *par terres*. Tous les certificats sont centralisés dans la capitale : de là une grande économie de frais généraux, les droits perçus ne dépassant pas une livre sterling (25 francs).

L'immatriculation rend *inattaquable* le titre du propriétaire qui l'a obtenue. Aucune action en revendication, ou en déclaration d'hypothèques ou de charges réelles quelconques, ne peut être reçue, en dehors de celles qui sont indiquées dans le certificat. Sans doute l'administration a pu se tromper, mais la personne qui souffre de son erreur est réduite à une simple *action en indemnité*, et c'est l'administration qui paie.

FORMES DES TRANSFERTS. — Des formules imprimées pour les principaux actes (vente, bail, hypothèque, etc.) sont mises à la disposition du public. Quand un propriétaire veut vendre, il prend une formule de vente, en remplit les blancs, et l'envoie au registrar, signée de lui, avec son certificat de propriété. Ce procédé permet aux plus illettrés de se passer du concours ruineux des hommes de loi. Au reçu de ces pièces, le certificat du vendeur est *annulé* et on délivre à l'acheteur un *nouveau titre dans la même forme*. Le point faible du système est l'extrême facilité qu'il donne à la *fraude* ; une *fausse signature* sur une formule de vente, si le faux n'est pas découvert à temps, suffit à dépouiller irrévocablement le propriétaire. La première immatriculation donne toutes les garanties désirables, mais on ne peut pas en dire autant des transferts ultérieurs.

2641. Système appliqué en Tunisie. — Une loi spéciale du 5 juillet 1885, votée sur l'initiative de M. Cambon, a introduit un système analogue en *Tunisie*, où le terrain était déjà préparé à le recevoir par des usages anciens. Ce n'est d'ailleurs qu'une combinaison de la transcription française avec l'immatriculation australienne ; son emploi est facultatif. La loi de 1885 a été complétée et remaniée à diverses reprises, d'abord par les lois du 16 mai 1886 et du 6 novembre 1888, puis par la loi du 15 mai 1892 et les décrets qui s'y rattachent (*Loi foncière et règlements annexes*, recueil officiel avec rapports de MM. Paul Cambon et Massicault, Paris, Challamel, 1893). Comp. *Annuaire français*, t. XII, p. 237 ; *Revue algérienne*, 1892. 3. 125. — On s'était demandé si l'immatriculation faite selon la loi tunisienne empêchait la prescription pour les immeubles immatriculés (CAUWÈS, *Cours d'économie politique*, 3e édit., t. II, p. 416, note 3). La loi du 15 mars 1892 (*Journal officiel tunisien* du 17 mars) a entièrement supprimé la prescription en Tunisie ; le mot a été retranché partout où il se trouvait dans les textes antérieurs. Pour plus de détails sur le régime tunisien, voyez LESCURE, *Le double régime foncier de la Tunisie*, 1900, in-8° ; R. VIOLLETTE, *L'Act Torrens*, thèse, Paris, 1900 ; Albert BESSIS, *Essais sur la loi foncière tunisienne*, thèse, Paris, 1912.

L'introduction du système Torrens en Algérie avait été mise à l'étude par M. Tirman ; voyez le rapport de M. Dain (*Revue algérienne*, octobre-novembre 1885).

du système Torrens se trouvent à l'état d'ébauche dans une brochure à peu près inconnue de DECOURDEMANCHE (*Projet de loi sur la mobilisation de la propriété foncière*, 1832), signalée en 1885 par M. Sauguet, à la réunion des Sociétés savantes à la Sorbonne. — Il existait également à Brême un système de transmissions immobilières qui rappelait d'assez près le système Torrens, et dont les origines premières remontaient au XIIe siècle. Sur ce régime, auquel a mis fin le nouveau Code civil allemand, voyez la thèse de M. Challamel, citée au n° 2643, ci-dessous.

B. — Système allemand.

2642. Analyse sommaire. — Une loi du 5 mai 1872 (*Annuaire étranger* de 1873, t. II, p. 208) a organisé dans les États prussiens un système original pour les transmissions immobilières. Son trait principal est l'existence d'un *registre foncier* (Grundbuch), dans lequel chaque feuillet est attribué non à un propriétaire, mais à un *fonds de terre*, ce qui constitue le point de départ de toute publicité *réelle*. Sur ce registre on indique tous les actes qui concernent l'immeuble, de sorte que le registre donne à un moment quelconque *l'état civil de la propriété*. Les modèles des livres fonciers autrichien et allemand ont été publiés dans les annexes de la commission du cadastre.

L'inscription sur le registre foncier, de même que l'immatriculation du système australien, est *attributive de propriété*, et elle ne peut se faire que par l'intervention d'un officier public, qui examine les titres produits et qui a toute autorité pour écarter ceux qu'il ne juge pas irréprochables. Ce magistrat se nomme le *Grundbuchrichter*.

Le système allemand ne peut fonctionner que par le maintien continuel d'une concordance parfaite entre le livre foncier (*Grundbuch*) et le registre cadastral (*Flurbuch*). Tout changement matériel, constaté par l'administration du cadastre, doit être communiqué au juge qui tient le registre foncier, et inversement tout changement juridique résultant des mutations enregistrées sur le livre foncier doit être communiqué à l'administration du cadastre.

Déjà cependant ce système paraît fléchir ; les conservateurs des registres dérogent assez souvent à la loi de 1872, et dans des cas exceptionnels dont ils sont seuls juges, ils ouvrent des comptes particuliers *par noms de personnes*, inscrivant en tête d'un folio le nom d'un propriétaire et y mentionnant toutes les parcelles qui lui appartiennent. Il existe ainsi des *feuillets réels* et des *feuillets personnels*.

2643. Bibliographie. — Pour plus de détails, voir CHALLAMEL, *De la cession des créances hypothécaires*, thèse, Paris, 1878. — CH. GIDE, *Bulletin* de la Société de législation comparée, avril 1886, avec des observations de M. Challamel. — CAUWÈS, *Cours d'économie politique*, 3e édit., t. II, nos 674 et suiv.

CHAPITRE IV

DE L'USUCAPION

§ 1. — *Généralités.*

***2644. Définition et terminologie.** — La prescription acquisitive ou *usucapion* est *un moyen d'acquérir la propriété d'une chose par une possession prolongée pendant un temps déterminé.*

Le mot « usucapion » ne se trouve pas dans les lois françaises et il est peu employé. Il serait cependant utile pour distinguer les deux espèces de prescription, la *prescription acquisitive*, qui fait acquérir la propriété, et la *prescription extinctive*, qui fait perdre tous les droits en général. Ces deux fonctions opposées de la prescription sont loin d'être soumises aux mêmes règles. Nous n'avons à considérer ici que la *fonction positive* de la prescription employée comme manière d'acquérir, à laquelle nous donnerons le nom d'usucapion.

***2645. Utilité de l'usucapion.** — Les anciens disaient de la prescription qu'elle était la patronne du genre humain, et l'*Exposé des motifs* du titre « De la prescription » dit qu'elle est « de toutes les institutions du droit civil la plus nécessaire à l'ordre social ».

Rien n'est plus vrai. La preuve de la propriété serait impossible à faire si l'usucapion n'existait pas. Comment suis-je devenu propriétaire? Parce que j'ai acquis la chose par achat, par donation, par succession ; mais je n'ai pu acquérir la propriété à ce titre que si mon auteur l'avait lui-même. La même question se pose dans les mêmes termes pour tous les possesseurs successifs de la chose, et si un seul dans la série n'a pas été propriétaire, tous ceux qui l'ont suivi ne l'ont pas été non plus. La prescription supprime cette difficulté, qui serait insoluble : un certain nombre d'années de possession suffira. — On peut supposer aussi que le titre d'acquisition du possesseur actuel ou d'un de ses prédécesseurs les plus rapprochés est perdu ou inconnu. La prescription vient au secours du possesseur.

L'usucapion joue donc *un rôle social considérable.* Sans elle, aucun patrimoine ne serait à l'abri de revendications imprévues (1). Il est certain qu'à l'occasion l'usucapion peut profiter à un possesseur sans titre et de mauvaise foi, elle couvrira alors une spoliation. Mais ce fait est rare, et il sera plus rare encore que le propriétaire dépouillé par l'effet de l'usucapion soit exempt de négligence. Pourquoi est-il resté si longtemps sans faire acte de possession sur sa chose ou sans la réclamer? On lui laisse un délai suffisant pour apprendre l'usurpation commise contre lui et pour protester. Les résultats contraires à l'équité, qui risquent de se produire de la sorte, ne peuvent pas être mis en balance avec les avantages décisifs que l'usucapion procure tous les jours.

2646. Suppression de la prescription dans certains pays. — Dans les systèmes d'*immatriculation* (Act Torrens, loi prussienne de 1872, système tunisien) la prescription devient sans objet : tout se réduit à savoir si, oui ou non, le possesseur est inscrit sur les registres (ci-dessus, nos 2638-2642). Cependant le projet à l'étude en France pour l'établissement de livres fonciers ne supprime pas la prescription : si un propriétaire abandonnait son bien, au bout de trente ans le nouveau possesseur pourrait demander son inscription sur le registre. La prescription ne serait rendue inutile que pour les questions de limites.

2647. De l'usucapion mobilière. — On répète souvent que l'usucapion n'est utile en France que pour les immeubles, à cause de la règle « En fait de meubles possession vaut titre », qui fait acquérir immédiatement la propriété des meubles, sans qu'il soit besoin de prescription. Il est très vrai que l'al. 1er de l'art. 2279 rend la prescription inutile pour les meubles, mais seulement dans les cas où il s'applique ; or il ne s'applique pas toujours. Il ne protège pas les *acquéreurs de mauvaise foi* d'un meuble qui avait été confié à quelqu'un et dont le détenteur a disposé ; et il est sans application aucune, au profit de qui que ce soit, quand il y a eu *perte* ou *vol.* Il y a donc de nombreux cas dans lesquels le propriétaire qui a perdu la possession de son meuble peut le *revendiquer*, et son action dure tantôt trois ans et tantôt trente ans. Les possesseurs du meuble sont donc bien réellement appelés à profiter d'une *prescription* qui s'accomplit contre le propriétaire. Seulement, par l'effet d'une disposition exceptionnelle de la loi positive, cette prescription n'est pas soumise à la règle essentielle de l'usucapion : elle ne suppose pas que le tiers qui en profite a eu la *possession* du meuble pendant tout le temps de son accomplissement. Son point de départ est invariablement le fait qui a fait perdre la possession au propriétaire (abus de confiance, vol ou perte fortuite). Par ce côté, la prescription en matière mobilière se rapproche des prescriptions extinctives. Elle n'en a pas moins l'effet caractéristique de l'usucapion qui est l'*acquisition de la propriété.* En effet, quand la revendication du propriétaire est éteinte, c'est le possesseur qui a la propriété.

Cette usucapion relative aux meubles a été étudiée soit à propos de la *revendication* et de l'art. 2279 (nos 2459-2496), soit à propos du *trésor* et des *épaves* (nos 2583 à 2588).

***2648. Imprescriptibilité des biens hors du commerce.** — Aux termes de l'art. 2226 : « On ne peut prescrire le domaine des *choses qui ne sont pas dans le commerce.* » Cette disposition vise certains biens dont la loi a interdit la *cession* ou *l'aliénation*, ce qu'on exprime en disant qu'ils sont « hors du commerce », car le commerce est par essence la

(1) Cependant, en fait, les revendications immobilières sont très rares et la prescription ne fonctionne guère que comme mode de preuve de la propriété. La plupart des procès en revendication ne sont que des contestations sur les limites.

transmission, la *circulation* des choses d'une personne à une autre ; ces biens sont donc *inaliénables*. Une prudence élémentaire commandait de les déclarer en même temps *imprescriptibles* ; faute de cette précaution, on eût risqué de les voir appropriés au profit de quelqu'un ou passés en de nouvelles mains au bout d'un nombre d'années relativement bref.

Comme biens inaliénables on peut citer certains *biens domaniaux* (voyez ce qui sera dit ci-dessous du domaine public) ; puis les *biens dotaux* des femmes mariées sous le régime dotal ; enfin les biens compris dans les *majorats*. Voyez aussi la loi du 12 mai 1871 sur les biens saisis à Paris et dans la banlieue pendant la Commune.

§ 2. — *Possession requise pour l'usucapion.*

****2649. Nécessité d'une possession « animo domini ».** — On a déjà vu (n° 2286-6°) que la possession capable de conduire à l'acquisition de la propriété est la véritable possession, celle qui implique, outre le fait matériel de la détention, l'intention de se comporter en maître ou « animus domini ». Il en résulte que les *possesseurs précaires* ou *simples détenteurs* qui possèdent en vertu d'un titre les obligeant à restituer la chose à son propriétaire (ci-dessus, n°s 2311 à 2318), ne peuvent pas prescrire. L'art. 2236 porte que ces personnes « ne prescrivent *jamais*, *par quelque laps de temps que ce soit* ». L'art. 2240 confirme encore cette disposition en disant qu'« on ne peut pas prescrire contre son titre » ; ce qui est vrai pour les détenteurs précaires ; ils détiennent en vertu d'un titre qui les empêche de prescrire (1).

****2650. Nécessité d'une possession exempte de vices.** — L'existence d'une possession véritable ne suffit pas ; il faut, de plus, que cette possession ne soit atteinte d'aucun vice capable de la rendre inutile (art. 2229). Rappelons que les vices qui ont cet effet sont au nombre de quatre seulement : la *discontinuité*, la *violence*, la *clandestinité* et l'*équivoque* (voyez ci-dessus, n° 2276).

§ 3. — *Du temps requis pour prescrire.*

****2651. Distinction de deux espèces de prescription.** — En principe, le temps requis pour l'acquisition de la propriété immobilière par la prescription est de trente ans (art. 2262). Ce délai de trente ans représente en droit français *le droit commun en matière de prescription acquisitive* ; il en fixe en même temps le *maximum*.

(1) La règle qui rend imprescriptibles « etiam per mille annos » (ci-dessus, n° 2318) les biens possédés par un détenteur précaire va contre le but social de la prescription, qui est d'empêcher les revendications de remonter trop loin dans le passé. Peut-être aurait-on pu décider que la prescription s'accomplirait à leur profit par un délai de soixante ans. En effet, la précarité de leur possession vient de ce qu'il existe à leur charge une *obligation de rendre* ayant une origine contractuelle. Or cette obligation est prescriptible : elle s'éteint en général par trente ans. Quand elle est éteinte, la précarité devrait être considérée comme purgée, et l'usucapion devrait commencer à courir pour le possesseur ; mais telle n'est pas la conception du droit traditionnel.

Par exception, lorsque le possesseur a *juste titre* et *bonne foi*, il a droit à une *prescription abrégée* qui dure de dix à vingt ans, selon des distinctions qui seront indiquées plus loin (art. 2265).

2651 *bis*. **Abolition des longues prescriptions de l'ancien droit.** — Dans l'ancien droit français on avait conservé en faveur de quelques rares privilégiés des prescriptions de 40 et de 100 ans, introduites par les Empereurs. C'était principalement l'Église et les communautés qui en bénéficiaient (Dunod de Charnage, liv. I, chap. xii et xiv; Pothier, *Prescription*, nos 189 et suiv.; nos 278 et suiv.). Le Code civil a fait disparaître tous ces privilèges; d'une part, il n'établit aucun délai supérieur à 30 ans (art. 2262); de l'autre, il déclare, dans l'art. 2227, que « l'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers ».

Section I. — Règles communes aux deux usucapions.

****2652. Premier jour utile pour l'usucapion.** — En principe, le temps de l'usucapion commence à courir le *lendemain du jour de l'entrée en possession*. Le jour même de la prise de possession ne compte pas, parce qu'il est nécessairement incomplet. Ainsi, si l'entrée en jouissance a eu lieu le 7 avril 1897, le premier jour utile pour la prescription sera la journée du 8. Cette règle était exprimée par un ancien brocard : « Dies a quo non computatur in termino »; elle a toujours été admise et les auteurs du Code n'ont même pas cru nécessaire de s'expliquer sur ce point.

***2653. Cas exceptionnels.** — La règle qui fait courir l'usucapion dès le lendemain du jour où la possession a commencé, souffre deux exceptions remarquables; le point de départ de l'usucapion peut être retardé fort au delà de ce jour, 1° quand la personne menacée par l'usucapion n'a sur la chose qu'un droit *conditionnel*; 2° quand son droit est simplement *éventuel*. L'exception admise au profit des droits conditionnels est vivement contestée; celle qui concerne les droits éventuels est, au contraire, admise par tout le monde. Ces exceptions se fondent l'une et l'autre sur une ancienne maxime, qui veut que la prescription ne commence à courir contre un droit, qu'à *partir du jour où ce droit est ouvert* : « Actioni non natæ non præscribitur ».

2654. Difficulté relative aux droits conditionnels. — Le Code n'a pas statué directement sur le cas où le propriétaire menacé par l'usucapion n'a sur la chose qu'un droit conditionnel; il contient seulement une disposition, l'art. 2257, al. 1er, qui suspend la prescription des *créances* conditionnelles, tant que la condition est pendante. De là est née la question de savoir si on pouvait décider la même chose pour la propriété conditionnelle. La doctrine pense en général que l'art. 2257 n'est pas applicable aux droits réels, pour cette raison qu'il parle seulement des droits de créances (Aubry et Rau, t. II, § 213, p. 331, texte et note 17; Laurent, t. XXXII, nos 25 à 28; Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. II, no 1255; Dalloz, *Répert.*, vo Prescription civile, no 755, *Suppl.*, no 506; Carré de Malberg, *Pandectes*, 1901. 1. 145). On lit au contraire dans les considérants de divers arrêts, que la règle de l'art. 2257 est générale et s'applique aux droits réels aussi bien qu'aux créances (Cass., 9 juill. 1879, D. 79. 1. 343, S. 79. 1. 463; Pau, 26 juin 1888, D. 89. 1. 119, S. 89. 2. 215; Nancy, 16 nov. 1889, S. 91. 2. 161).

D'après la doctrine, la distinction se justifie aisément : la prescription extinctive, qui fait perdre un droit de créance, se fonde uniquement sur l'inaction du créancier; or on ne peut pas reprocher à un créancier, dont le droit est suspendu par une condition, de n'avoir point agi à une époque où la loi ne le lui permettait pas encore; il est donc tout naturel de ne point faire courir la prescription contre une créance conditionnelle. Il en est autre-

ment de la prescription acquisitive qui a pour but de consolider les possessions ; celle-ci doit dépendre uniquement du fait de la possession, et ne peut subir de retard pour une raison extérieure, comme le défaut d'action des divers ayants droit contre lesquels la prescription court. Il est donc nécessaire de faire courir la prescription, fondée sur la possession, même contre des droits réels encore suspendus par une condition.

Cependant la solution donnée par la jurisprudence paraît préférable. La prescription acquisitive *n'est pas fondée uniquement sur le fait de la possession* ; elle suppose aussi *l'inaction de la personne contre laquelle elle court*, et même son inaction *injustifiée*. Si la prescription court contre lui, c'est parce qu'il n'agit pas. Il faut donc considérer comme inutile, au point de vue de la prescription, tout le temps de possession écoulé avant l'*ouverture* de l'action réelle suspendue par une condition, puisque le titulaire du droit futur n'a pas encore pu agir. Sans doute le possesseur a possédé pendant ce temps ; une des conditions de l'usucapion s'est ainsi réalisée ; mais la personne contre laquelle il avait besoin de prescrire était encore sans action contre lui ; son droit n'était point *ouvert*, et par conséquent il n'était point *prescriptible*. Cette application de l'ancienne maxime « Actioni non natæ non præscribitur », étant conforme aux principes généraux de la matière de la prescription, peut se faire même dans le silence de la loi ; l'art. 2257 comporte *l'interprétation extensive*, puisqu'il n'est pas un texte exceptionnel. Voyez cependant Limoges, 17 juin 1905, S. 1907. 2. 301.

2655. Imprescriptibilité des droits éventuels. — La doctrine elle-même, bien qu'elle fasse courir l'usucapion contre les droits réels suspendus par une condition, reconnaît que la prescription ne court pas contre les droits simplement *éventuels*. Ces derniers sont ceux qu'une personne peut être appelée à exercer un jour en qualité de successeur par décès d'une autre personne, en vertu de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir. — La doctrine explique la distinction qu'elle faisait ainsi entre les deux sortes de droits, en disant que le *droit éventuel n'est pas encore entré dans le patrimoine* de celui qui l'aura un jour, tandis que le droit conditionnel y figure déjà, puisqu'il est transmissible sous cette forme aux héritiers de son titulaire, et qu'il peut être protégé, en attendant l'événement de la condition, par des mesures conservatoires (art. 1180. Comp. D. 1900. 2. 305, à la note). On comprend donc que le droit éventuel, qui n'a encore aucune existence, qui ne peut être ni transmis ni défendu, soit imprescriptible, à la différence du droit conditionnel.

Quant à la jurisprudence, puisqu'elle admet l'imprescriptibilité des droits réels conditionnels, elle reconnaît à plus forte raison celle des droits éventuels.

2656. Mode de calcul du temps. — Le délai de la prescription acquisitive se compose d'un nombre déterminé d'années, qui se comptent par jours et non par heures (art. 2260). Dans la plupart des cas, il serait impossible de fixer l'heure à laquelle la possession a commencé. Les actes mentionnent seulement le jour choisi pour l'entrée en jouissance, et, quand il n'y a pas d'acte, ce jour est lui-même impossible à préciser. Les témoins rapportent seulement que le possesseur détient la chose « depuis plus de trente ans ».

Il faut que la dernière année soit accomplie pour que la prescription soit acquise (art. 2261). Quel est le dernier jour du terme? C'est celui qui porte dans l'année finale le même quantième que le jour de la prise de possession. Ainsi la prise de possession ayant eu lieu le 7 avril 1897 le dernier jour du délai de prescription sera, selon la durée de la prescription, le 7 avril 1907, 1917 ou 1927. Ce jour anniversaire est nécessairement compris dans le délai, puisque le jour initial n'est pas compté ; sans lui il manquerait un jour à la dernière année.

Ce jour doit être achevé. Le Code a parlé sur ce point parce que l'ancien droit faisait une distinction peu justifiée entre les prescriptions extinctives et les prescriptions acquisitives ; ces dernières (qui sont justement celles qui nous occupent) étaient tenues pour accomplies dès que le jour final était commencé. La loi moderne exige qu'il soit achevé, ce qui est plus rationnel.

2657. Achèvement de la prescription un jour férié. — La prescription s'achève au jour déterminé, *alors même qu'il se trouverait être un jour férié*. On n'applique pas ici la même règle qu'à certains délais de procédure, pour lesquels l'achèvement du délai est, en pareil cas, reporté au jour suivant. La durée de la prescription est assez longue pour qu'on ait eu le temps de réclamer sans attendre la dernière heure.

Section II. — Règles spéciales à la prescription de dix à vingt ans.

A. — Cas d'application.

***2658. Distinction entre la revendication et la pétition d'hérédité.** — La prescription de dix à vingt ans *ne s'applique qu'aux immeubles considérés individuellement*; elle est sans effet pour les universalités. Ainsi celui qui achète de l'héritier apparent la succession entière ne peut pas usucaper par dix à vingt ans les immeubles qui la composent : l'action de l'héritier véritable est recevable contre lui pendant trente ans. L'usucapion abrégée n'arrête donc que la *revendication* et non la *pétition d'hérédité*.

B. — Conditions.

2659. Énumération. — Les conditions requises pour profiter de cette prescription de faveur sont au nombre de deux : le *juste titre* et la *bonne foi*.

1° Du juste titre.

****2660. Définition.** — Ce qu'on appelle *titre* en matière de possession et de propriété a déjà été défini à propos de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (n° 2291). Rappelons que c'est l'acte qui a pour but de transférer la propriété. La *vente*, la *donation*, l'*échange*, le *legs particulier*, l'*adjudication sur saisie*, la *dation en paiement*, sont des justes titres pour l'usucapion, parce que ce sont des actes *translatifs de propriété*. Au contraire le *louage des choses*, le *partage*, les *jugements* n'en sont pas. Celui qui loue son immeuble n'a pas l'intention d'aliéner ; les copropriétaires qui font un partage se proposent seulement de sortir d'indivision ; leur titre de propriété réside dans un acte antérieur, qui les a rendus propriétaires, eux ou le défunt auxquels ils ont succédé. Quant aux jugements, ils se bornent à constater le droit des parties : ils sont *déclaratifs* et non *attributifs* de droits.

***2661. Du titre des ayants cause universels.** — Les successeurs universels d'une personne (qui peuvent être des héritiers appelés par la loi ou des légataires appelés par le testament) n'ont pas de titre qui leur soit propre. *Ils continuent la possession du défunt, qui la leur transmet avec son titre.* Il n'y a donc pas d'usucapion possible par dix à vingt ans au titre « pro herede ». L'héritier possède à titre d'acheteur, de donataire, etc., selon que le défunt avait lui-même acquis l'immeuble par l'un ou l'autre de ces titres.

***2662. Du titre nul ou annulable.** — Aux termes de l'art. 2267, « le titre nul par défaut de forme *ne peut servir de base à la prescription de dix à*

vingt ans ». Cette décision ne s'applique qu'aux *actes solennels*, tels que les *donations* et les *testaments* ; ce sont les seuls dans notre droit qui puissent être nuls pour une raison de forme.

Faut-il étendre la décision de l'art. 2267 aux causes de nullité autres que le vice de forme? On résout la question par une distinction : *l'extension est admise pour tous les cas de nullité absolue.* Ainsi lorsqu'un titre est *entaché de substitution*, il ne peut pas servir de juste titre pour l'usucapion, parce que les substitutions sont prohibées d'une manière rigoureuse par l'art. 896. Il en serait de même d'une vente faite par un condamné en état d'interdiction légale.

Au contraire, on n'étend pas la décision de l'art. 2267 aux causes de nullité qui rendent l'acte *simplement annulable.* Ainsi le titre émané d'un incapable, bien qu'il soit annulable sur sa demande, n'en forme pas moins un juste titre au profit de l'acquéreur pour lui permettre d'usucaper contre le vrai propriétaire.

2663. Du titre résoluble. — Le titre de l'acquéreur peut être accompagné d'une *condition résolutoire.* En ce cas il produira son effet pour l'usucapion tant que la condition sera *pendante*, et cet effet deviendra définitif quand la condition sera *défaillie.* Mais que la condition vienne à *se réaliser*, alors le titre est anéanti rétroactivement et il entraîne dans sa ruine l'usucapion qui a pu en être la suite.

***2664. Du titre putatif.** — Le titre putatif est celui à l'existence duquel on croit, mais qui n'existe pas dans la réalité. Tel serait un *testament révoqué* par un second testament inconnu, qu'on découvre plus tard. Dans notre ancien droit, de même qu'en droit romain, on se contentait en général du titre putatif, parce qu'on considérait surtout la condition de bonne foi, et le juste titre n'était exigé que comme une justification de la bonne foi. Les auteurs modernes exigent tous le *titre réel*, et déclarent qu'un juste titre putatif serait insuffisant parce que le Code l'indique comme une *condition distincte* de la bonne foi : « de bonne foi ET par juste titre » (1). Ils n'ont pas pris garde, 1° que l'art. 114 de la coutume de Paris s'exprimait exactement de la même manière, de sorte qu'on ne peut pas voir dans le texte nouveau l'indice d'un changement ; 2° que l'insuffisance du titre putatif avait été proposée par Lemaître, un des commentateurs de la coutume de Paris, et rejetée (POTHIER, *Prescription*, n° 97).

2665. Du titre non transcrit. — Le titre de l'acquéreur peut être sujet à transcription. Si cette formalité a été omise, dans un cas où elle était nécessaire, la prescription courra-t-elle néanmoins au profit du possesseur? On l'admet en général. L'art. 2265 *n'exige point la transcription*, et il n'y a pas de raison pour ajouter cette exigence à son texte : la formalité de la transcription a été établie dans l'intérêt des tiers qui pourraient traiter avec l'aliénateur postérieurement à l'aliénation, pour les avertir qu'il n'a plus aucun droit sur l'immeuble : la catégorie des personnes qui peuvent opposer à l'acquéreur le défaut de transcription de son titre est *limitativement* déterminée par l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, et le tiers propriétaire n'y figure pas. En ce sens, Bastia, 5 févr. 1890, D. 90. 2. 363, S. 90. 2. 136 ; Caen, 17 mars 1891, S. 91. 2. 118. Cette solution est regrettable ; il serait bon de donner à tout intéressé le droit de se prévaloir du défaut de transcription (ci-dessus, n° 2621) ; le titre d'une acquisition immobilière n'est vraiment régulier que quand il est

(1) Il résulte de là que si l'acquéreur d'une propriété rurale possède, outre les pièces de terre qui lui ont été vendues, d'autres parcelles appartenant à des tiers, il ne pourra prescrire la propriété de ces dernières que par trente ans, alors même qu'il aurait cru que ces parcelles étaient comprises dans la vente. A leur égard, il n'a qu'un titre putatif. Comp. Orléans, 27 févr. 1908, D. 1908. 2. 387.

transcrit. Le propriétaire véritable a grand intérêt à ne pas se voir opposer un titre non transcrit, afin de conserver pendant trente ans le droit de renvendiquer. La Cour d'Alger a cru pouvoir le lui permettre (Alger, 15 nov. 1890, D. 91. 5. 405. S. 91. 2. 53). Comp. art. 2180 *in fine*.

2666. Du titre sans date certaine. — Quand le titre de l'acquéreur est constaté par un *acte sous seings privés*, la prescription ne commence qu'à compter du jour où cet acte a acquis *date certaine*. Jusque-là l'acte sous seings privés n'est pas *opposable aux tiers* (art. 1328), et le propriétaire qui revendique est un tiers, puisqu'il est, par hypothèse, étranger à l'acte en vertu duquel l'acquéreur posséde son bien.

2° De la bonne foi.

****2667. Définition.** — La seconde condition pour prescrire par dix à vingt ans est d'être de bonne foi. Le possesseur est de bonne foi *lorsqu'il croit que celui qui lui a transmis l'immeuble en était légitime propriétaire*. La bonne foi consiste donc à se tromper sur l'existence du droit de propriété en la personne de l'aliénateur, quand on traite avec quelqu'un qui n'est pas propriétaire. La bonne foi de l'acquéreur doit être entière ; s'il a le moindre doute sur la propriété de son auteur, on doit le considérer comme étant de mauvaise foi.

Il n'est pas nécessaire que le possesseur ignore les *autres vices* qui peuvent exister dans son titre d'acquisition. Par exemple l'aliénateur était *incapable* : c'était une femme mariée agissant sans autorisation de son mari ; l'aliénation est annulable sur la demande de la femme, et l'acheteur le sait ; cela ne l'empêche pas d'être de bonne foi et de pouvoir usucaper par dix à vingt ans contre le vrai propriétaire, s'il a cru que la femme était propriétaire du bien vendu par elle. Il y a en pareil cas deux vices dans l'acquisition : le défaut de propriété en la personne de l'aliénateur ; son incapacité. Le premier ouvre la revendication au profit du propriétaire ; le second, l'action en nullité au profit de l'aliénateur. Comme l'usucapion a uniquement pour but de faire disparaître le premier de ces deux vices, il suffit que l'acquéreur en ait ignoré l'existence ; peu importe qu'il ait connu l'autre.

****2668. Preuve de la bonne foi.** — La bonne foi *se présume toujours* (art. 2268). C'est donc à l'adversaire du possesseur de prouver qu'il a connu le défaut de droit de son auteur. Cette preuve peut être fournie par tous les moyens possibles.

****2669. A quel moment la bonne foi est requise.** — La bonne foi n'est nécessaire qu'*au moment de l'acquisition* (art. 2269) (1). Il résulte de là que la mauvaise foi, survenant au cours de l'usucapion par la découverte de l'erreur, n'empêche pas le possesseur de prescrire par dix à vingt ans. C'est la règle romaine : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem* (comp. *Digeste*, liv. XLI, tit. 1, fr. 40, § 1) (2).

(1) Il y a quelques difficultés pour la détermination du moment précis où la bonne foi est exigée en la personne du *légataire particulier* : les uns, appliquant à la lettre la disposition de l'art. 2269, se contentent de la bonne foi au moment du *décès du testateur*, parce que c'est à ce moment que la propriété est transférée au légataire : les autres l'exigent au moment de l'*acceptation*, ce qui semble plus conforme à l'esprit de la loi ; la rétroactivité qui fait remonter l'effet de l'acceptation au jour du décès n'est qu'une fiction qui suppose que le défunt était propriétaire.

(2) Le Code abandonne ici les traditions coutumières pour en revenir aux principes romains, et sans beaucoup de raison. Le *droit canonique* (Concile de Latran, de 1215), s'ins-

C. — Durée de la prescription.

****2670. Distinction selon le lieu de résidence du propriétaire.** — La durée de la prescription est réglée différemment selon que le propriétaire contre lequel court la prescription est *présent* ou *absent*; elle est de *dix ans* entre présents et de *vingt ans* entre absents (art. 2265).

On considère le propriétaire comme présent lorsqu'il *habite dans le ressort de la Cour d'appel où se trouve situé l'immeuble*; *comme absent, s'il habite hors de ce ressort* (1).

Faut-il, pour apprécier l'absence du propriétaire, s'attacher à son *domicile* ou à sa *résidence*? l'art. 2265 tranche implicitement la question en disant : « si le propriétaire *habite* dans le ressort... » C'est bien le fait de l'habitation que la loi a en vue, et cela se comprend : c'est l'éloignement de sa personne qui fait la difficulté de sa surveillance. D'ailleurs la tradition est en ce sens : Pothier exigeait « la demeure actuelle », « le domicile de fait et de résidence » (*De la prescription*, n° 107), et la jurisprudence moderne a maintenu son avis (Pau, 6 juill. 1861, D. 61. 2. 213, S. 61. 2. 433). Cependant le contraire a été soutenu parce que la loi, dans les art. 2265 et 2266, emploie aussi le mot « domicile » (DALLOZ, *Répert.*, v° Prescription civile, n° 944; AUBRY et RAU, § 218, note 38).

****2671. Variations possibles dans la durée de la prescription.** — Pendant la durée de la prescription, le propriétaire contre lequel elle s'accomplit peut changer de résidence et quitter le ressort, ou venir s'y établir, s'il habitait au dehors. Ces changements influent sur la durée de la prescription, puisque, *lorsque le propriétaire est absent, il faut un temps double de celui qui serait nécessaire s'il était présent.* Il y a donc une combinaison à faire entre les deux règles pour déterminer la durée de l'usucapion. Cette combinaison se fait sur la base suivante : chaque année de présence vaut, au point de vue de la prescription, deux années d'absence, et nversement. Ainsi le propriétaire habitait le ressort au moment où la prescription a commencé, il le quitte cinq ans après; il y a déjà *la moitié* du temps d'écoulé. Il en faut encore une autre moitié; mais, comme le propriétaire est maintenant absent, cette moitié sera double de la première et durera dix ans. La prescription s'achèvera donc en quinze ans. A l'inverse, si le propriétaire qui était absent au début vient au bout de cinq ans habiter le ressort, il n'y a encore qu'un quart du délai de couru; il en reste encore les trois quarts, qui s'accompliront en sept ans et six mois, au lieu

pirant d'une morale plus sévère, exigeait la bonne foi pendant tout le temps requis pour la prescription et sa décision, jugée très équitable, était généralement suivie en pays de coutume (POTHIER, *De la prescription*, n° 34). La solution du Code a été critiquée (VALETTE, *Propriété et distinction des biens*, p. 133-134).

(1) Peut-être vaudrait-il mieux fixer une distance en kilomètres que de se régler sur les ressorts des cours d'appel. Quand l'immeuble est situé sur les confins du ressort, le propriétaire peut habiter hors du ressort, mais tout près, à quelques kilomètres, et surveiller son bien aisément; et à l'inverse certains ressorts sont si étendus qu'il peut habiter à l'intérieur mais dans un lieu fort éloigné de la situation de l'immeuble, ce qui lui en rend la surveillance difficile.

de quinze ans, grâce à sa présence. Le calcul peut porter sur des chiffres plus compliqués, comprenant des mois et des jours ; mais la manière d'opérer est toujours aussi simple : on compte le temps qui resterait à courir, si le changement de résidence ne se produisait pas, et on le multiplie ou on le divise par 2, selon le cas. C'est ce qu'exprime l'art. 2266, dont la clarté laisse un peu à désirer. Ainsi la durée totale de l'usucapion peut avoir *une longueur quelconque entre les chiffres de dix et de vingt ans, pris comme limites.* Ces chiffres pleins ne s'appliquent qu'au cas où la résidence du propriétaire est restée dans le même ressort pendant tout le délai.

2672. De la pluralité de propriétaires. — Quand l'immeuble appartient indivisément à plusieurs propriétaires, qui habitent les uns dans le ressort de la situation de l'immeuble, les autres dans d'autres ressorts, la prescription s'accomplit séparément contre chacun d'eux, par dix ou par vingt ans, selon le lieu de sa résidence. Il y a *indivision*, il n'y a pas *indivisibilité.* Le possesseur pourra donc, après avoir prescrit contre quelques-uns, se trouver dans l'indivision avec les autres, si ceux-ci revendiquent à temps : il aura acquis quelques parts indivises, et non la totalité de la propriété.

§ 4. — *De la jonction des possessions.*

****2673. Définition et utilité.** — Il n'est pas nécessaire que ce soit la même personne qui ait possédé l'immeuble pendant tout le temps nécessaire pour prescrire : le possesseur actuel peut compter, outre sa propre possession, celle de ses prédécesseurs (art. 2235). C'est ce qu'on appelle la *jonction des possessions.* Ce bénéfice était nécessaire à raison des nombreuses mutations qui se produisent dans les propriétés ; la prescription aurait été fréquemment impossible s'il avait fallu posséder soi-même pendant tout le temps requis par la loi.

Cette jonction des possessions se fait de deux façons différentes selon que le possesseur actuel est un *ayant cause universel* ou un *ayant cause à titre particulier* ; l'art. 2235 ne fait pas cette distinction ; il semble même mettre sur la même ligne tous les successeurs quels qu'ils soient, mais la différence tient à la nature des choses.

A. — Successeurs universels.

****2674. Continuation de la possession du défunt.** — Le successeur universel ne fait que continuer la possession du défunt (nº 2661) ; il succède à toutes ses obligations comme à tous ses droits. *Ce n'est donc pas une possession nouvelle qui commence*, c'est *la possession du défunt qui est transmise à son héritier*, avec ses qualités et ses vices. Ainsi, si le défunt était possesseur précaire, son successeur sera nécessairement détenteur au même titre, et ne pourra pas prescrire, tant que son titre précaire n'aura pas été *interverti* (nº 2320). Si le défunt, étant de bonne foi, avait droit de prescrire par dix à vingt ans, son héritier arrivera à la prescription au bout

de ce temps, alors même qu'il serait personnellement de mauvaise foi. En sens inverse, si le défunt, étant de mauvaise foi, ne pouvait prescrire que par trente ans, son héritier sera dans le même cas, quand même il serait de bonne foi.

B. — Successeurs particuliers.

***2675. Cas où le prédécesseur était détenteur précaire.** — Il faut d'abord que la possession précédente ait été elle-même *utile pour l'usucapion.* Ainsi, si le précédent possesseur n'était qu'un détenteur ou *possesseur précaire*, l'acheteur, qui commence une possession indépendante et utile, pourra prescrire, mais naturellement il ne pourra joindre à sa possession celle de son prédécesseur, puisque celui-ci n'en a pas à lui offrir (art. 2239).

***2676. Cas où les deux possessions successives sont de même nature.** — En admettant que le précédent possesseur fût lui-même en train de prescrire, il y a lieu de prévoir plusieurs combinaisons. Si tous les deux réunissent les conditions voulues pour prescrire par dix ou vingt ans, le nouveau possesseur aura certainement droit à la jonction des possessions. Il en est de même si aucun d'eux ne réunit ces conditions : pour l'un comme pour l'autre, c'est la prescription trentenaire qui seule était possible. Dans ces deux hypothèses, les deux possessions successives de l'ayant cause et de son auteur pourront *s'additionner* parce qu'elles sont de même nature et de même qualité.

***2677. Règle à suivre pour les possessions dissemblables.** — Mais si nous supposons que les deux possesseurs successifs ne sont pas dans la même situation au point de vue de la prescription, un seul d'entre eux ayant juste titre et bonne foi, des complications surgissent. On les résout à l'aide de cette règle très simple, que les années utiles pour la prescription trentenaire, qui n'exige ni juste titre ni bonne foi, ne peuvent pas servir à compléter la prescription de dix à vingt ans, qui demande la réunion de deux conditions de plus : tandis qu'à l'inverse les années utiles pour cette prescription de faveur peuvent être comptées pour compléter la prescription trentenaire, celle-ci ne supposant pas autre chose que la possession.

Exemples. — Le vendeur est un possesseur de bonne foi, l'acheteur est de mauvaise foi. Si la prescription de dix ans n'est pas encore accomplie au moment de la vente au profit du vendeur, l'acheteur ne pourra prescrire que par trente ans, mais il pourra compter les années de possession de son auteur.

Le vendeur était de mauvaise foi, l'acheteur est de bonne foi. Celui-ci pourra prescrire par dix ans, mais il ne pourra pas profiter de la possession de son auteur, qui n'était utile que pour la prescription trentenaire. Dans ce dernier cas, l'acheteur aura parfois intérêt à renoncer au bénéfice de la prescription de dix ans pour invoquer la prescription trentenaire commencée par son auteur. Cet intérêt existera pour lui toutes les fois qu'il restait moins de dix ans à courir pour parachever cette prescription en cours. Nul doute qu'il puisse alors joindre sa possession à celle de son auteur pour compléter les trente ans. Si sa possession était utile pour la prescription abrégée et privilégiée, elle l'est à plus forte raison pour la prescription de droit commun.

***2678. Cas où le nouveau possesseur n'est pas l'ayant cause du précédent.** — Pour que la jonction des possessions soit permise, il faut que le nouveau possesseur soit *l'ayant cause* du précédent. Par suite, l'usurpateur, qui s'empare d'un immeuble *sans titre*, commence une prescription nouvelle, qui ne peut se rattacher à aucune autre puisqu'il n'est l'ayant cause de personne. De même, celui qui enlève la chose à son possesseur au moyen d'une *revendication* n'est pas l'ayant cause de la personne qu'il *évince.* Il ne peut donc pas joindre cette possession à la sienne pour se couvrir à son tour contre une revendication exercée par un tiers. Le droit romain donnait sur ce point une solution contraire : « Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem mihi esse dandam placuit » (*Digeste*, liv. XLI, tit. 2, fr. 13, § 9).

§ 5. — *De l'interruption de la prescription.*

****2679. Définition.** — L'accomplissement de l'usucapion suppose deux choses : 1° que le possesseur a possédé la chose pendant tout le temps voulu ; 2° que le propriétaire est resté pendant le même temps sans réclamer son bien. Si le possesseur *perd* la chose ou si le propriétaire la *réclame*, l'une des deux conditions, dont le maintien était nécessaire pour le succès de l'usucapion, a disparu. On dit alors que la prescription est *interrompue*. L'effet de l'interruption est que tout le temps de possession antérieur devient inutile ; tout est à recommencer.

L'interruption peut donc être définie : *la survenance d'un fait qui, en détruisant l'une des deux conditions essentielles de l'usucapion* (permanence de la possession, inaction du propriétaire), *rend inutile tout le temps écoulé*. Les deux faits qui rentrent dans cette définition sont : 1° *la perte de la possession* ; 2° *une réclamation du propriétaire*. Quand la prescription est interrompue par la perte de la possession, on dit qu'il y a *interruption naturelle* ; quand elle est interrompue par une réclamation du propriétaire, il y a *interruption civile* (art. 2242).

A. — Interruption naturelle.

***2680. Ses deux variétés.** — L'interruption naturelle a lieu lorsque le possesseur perd la possession, ce qui peut se faire de deux façons. Tantôt il la perd *volontairement*, par un abandon ou une renonciation ; tantôt elle lui est *enlevée par un tiers*. Sur les faits qui entraînent perte de la possession, voyez ci-dessus, n°s 2270 à 2274.

Il importe peu que la personne qui enlève la chose au possesseur soit un tiers sans aucun droit ou le propriétaire lui-même. En parlant du cas où l'auteur de la dépossession n'est autre que le propriétaire, l'art. 2243 se sert de l'expression : « l'*ancien* propriétaire » ; l'adjectif est de trop, puisque l'usucapion n'est pas encore accomplie ; la chose appartient toujours à la même personne qui en est encore réellement propriétaire.

***2681. Différence d'effets entre les deux modes d'interruption naturelle.** — Quand la perte de la possession résulte d'un *abandon volontaire*, *le temps antérieur est toujours perdu d'une manière définitive*, alors même que la possession serait ultérieurement reprise et quelque faible qu'ait été la durée de l'interruption. — Au contraire, quand la possession lui a été enlevée par une autre personne, *le possesseur peut la recouvrer en exerçant une action possessoire*, et, une fois rentré en possession par ce moyen, il sera *censé ne l'avoir jamais perdue* ; le fait de l'interruption sera effacé par le triomphe de l'action possessoire. Mais il faut pour cela que l'ancien possesseur se hâte d'agir et qu'il le fasse dans l'année de la dépossession, car l'action possessoire ne dure qu'*un an*.

C'est pour faire allusion à cet effet rétroactif de la restitution ordonnée par le juge de paix dans l'action possessoire, que l'art. 2243, dans sa définition de l'interruption naturelle, suppose que le possesseur est resté privé de la chose « pendant plus d'un an ». Si en effet le possesseur reste un an sans agir, l'action possessoire est perdue pour lui, et la rupture qui s'est produite dans sa possession ne pourra être effacée.

2682. Caractère absolu de l'interruption. — L'interruption naturelle produit un *effet absolu*; l'usucapion est interrompue *au profit de toute personne*; quiconque, copropriétaire ou autre, avait sur la chose des droits menacés par l'usucapion, en profitera. Ceci tient à ce que l'interruption naturelle est un fait matériel, la perte de la possession; si les faits juridiques n'ont qu'une efficacité relative, bornée aux parties et à leurs ayants cause, les faits matériels sont vrais pour tout le monde.

2683. Présomption de non-interruption. — La loi exigeant une possession non interrompue, le possesseur qui prétend avoir prescrit la propriété devrait prouver qu'il a possédé réellement et sans interruption pendant tout le temps voulu par la loi. Ce serait trop lui demander, la preuve rigoureuse de cette continuité absolue de la possession serait souvent impossible à fournir. La loi vient donc au secours du possesseur en établissant une sorte de *présomption de continuité* : « Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire » (art. 2234). Il suffira donc de prouver, outre le fait de sa possession actuelle, l'existence de sa possession à une époque antérieure au délai voulu par la prescription.

B. — Interruption civile.

****2684. Ses deux variétés.** — L'interruption civile se produit tantôt sous la forme d'une *poursuite exercée par le propriétaire*, tantôt sous la forme d'une *reconnaissance volontaire émanée du possesseur*.

1° Interruption au moyen de poursuites.

***2685. Actes valant interruption.** — L'art. 2244 indique en ces termes les différentes espèces d'actes de poursuite qui valent interruption civile : « Une citation en justice, un commandement ou une saisie signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire. » Malheureusement, comme la loi a mêlé les règles de l'usucapion avec celles de la prescription extinctive, l'énumération qu'elle donne ne peut pas s'appliquer en totalité à l'interruption de l'usucapion. Il faut éliminer deux actes sur trois, savoir le *commandement* et la *saisie*, qui supposent que la personne qui agit est un *créancier*. Il reste donc uniquement la *citation en justice*.

***2686. Formes diverses de la citation en justice.** — De droit commun, la manière de saisir un tribunal d'une demande est d'envoyer à son adversaire une *assignation à comparaître*, appelée *ajournement*; cet acte est un *exploit d'huissier* (art. 61 C. proc. civ.). Parfois cependant la demande peut être introduite devant la justice par un *acte d'avoué à avoué*. Ceci a lieu lorsque les deux plaideurs sont déjà engagés dans une instance pendante devant le tribunal et que l'un d'eux forme contre l'autre une nouvelle demande dite *additionnelle*, si elle émane du demandeur, et *reconventionnelle*, si c'est du défendeur. Chacun d'eux, étant représenté par un avoué, se sert de cet intermédiaire pour formuler sa demande additionnelle ou reconventionnelle. La même forme (un acte d'avoué) peut être employée pour introduire la demande de la part d'un *tiers intervenant* dans une instance déjà liée entre deux autres personnes.

***2687. Effet de la citation en conciliation.** — Dans beaucoup de cas, la loi oblige

les plaideurs, avant d'engager l'instance devant le tribunal, à procéder devant le juge de paix à une tentative d'arrangement, appelée *préliminaire de conciliation.* Tant que dure ce préliminaire, le procès n'est pas encore commencé ; le juge de paix connaît de l'affaire comme *conciliateur*, et non comme *juge* ; il n'y a donc pas encore « demande en justice ». Néanmoins, comme cette formalité est imposée aux plaideurs, et qu'elle retarde l'envoi de l'ajournement introductif d'instance, il n'était que juste d'attribuer à la *citation en conciliation* le même *effet interruptif* qu'à l'ajournement. C'est ce que décide l'art. 2245 : « La citation en conciliation devant le bureau de paix interrompt la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice dans les délais de droit ».

Toutefois, pour que la citation en conciliation ait cet effet, il faut qu'elle soit suivie de près par l'ajournement, quand la tentative d'arrangement a échoué. Le délai établi pour l'envoi de l'ajournement n'est pas indiqué dans l'art. 2245 : « dans les délais de droit », dit ce texte ; la durée en est fixée à *un mois* par le Code de procédure (art. 57), à compter de la non-comparution du défendeur dévant le juge de paix ou de la date du procès-verbal de non-conciliation. Si l'ajournement est lancé après ce délai d'un mois, la prescription ne se trouve interrompue qu'à compter du jour de sa date.

2688. Controverse sur les affaires dispensées de conciliation. — Certaines affaires sont *dispensées* du préliminaire de conciliation (art. 49 C. proc. civ.), c'est-à-dire que le demandeur peut lancer immédiatement l'ajournement et saisir le tribunal sans passer par le bureau de paix. Qu'arriverait-il si le demandeur, par erreur ou pour un motif quelconque, faisait auparavant comparaître son adversaire en conciliation devant le juge de paix? La citation aurait-elle encore la force d'interrompre la prescription? En général la doctrine décide la question affirmativement, mais la Cour de cassation s'est prononcée pour la négative (Cass., 17 janv. 1877, D. 78. 1. 19, S. 78. 1. 165).

2689. Inefficacité du référé. — La pratique postérieure au Code a donné une importance considérable au système des *référés* (art. 866 C. proc. civ.), procédure spéciale qui s'emploie dans les cas urgents et qui porte l'affaire devant le président du tribunal pour statuer sur elle par des mesures provisoires (Dalloz, *Répert.* et *Suppl.*, v° Référé). Le référé devrait avoir la force d'interrompre la prescription, sous la condition d'être suivi ensuite, dans un certain délai, d'une demande en justice, car il a le caractère litigieux qui n'appartient pas au préliminaire de conciliation. Mais, en l'état actuel des textes, la Cour de cassation a dû décider que la citation en référé, *ne contenant pas de conclusions sur le fond*, ne pouvait être assimilée à la citation en justice dont parle l'art. 2244, et comme aucun texte spécial ne fait de lui une cause d'interruption civile, cette interruption se produit seulement à la date de l'exploit d'ajournement qui suit le référé (Cass., 5 juin 1883, D. 83. 1. 373, S. 84. 1. 49).

2690. De la citation devant un juge incompétent. — Les questions de compétence sont difficiles à résoudre et les parties se trompent souvent ; les tribunaux eux-mêmes méconnaissent parfois les règles de leur propre compétence. Il eût été dangereux et inique de priver de tout effet utile la citation donnée devant un juge incompétent. Le temps de la prescription se trouverait peut-être accompli, lors de la découverte de l'erreur, et le demandeur, bien qu'il eût fait tout le nécessaire pour sauvegarder son droit en temps utile, serait alors dans l'impossibilité de recommencer son action. De là la disposition de l'art. 2246, aux termes duquel la citation en justice n'en interrompt pas moins la prescription, quoiqu'elle soit donnée devant un juge incompétent. On évite ainsi un préjudice qui eût été tout à la fois *immérité* et *irréparable.* La loi ne fait aucune distinction : quelle que soit la nature de l'incompétence et quelque grave que soit l'erreur commise, le demandeur bénéficie de sa disposition.

***2691. Cas où la poursuite est tenue pour non avenue.** — La poursuite qui a interrompu la prescription ne produit pas toujours un effet définitif. Or on comprend que l'interruption de prescription ne peut subsister qu'autant que la demande est *maintenue* jusqu'au bout et *admise*

par le tribunal. Par suite, toutes les causes qui feront tomber la poursuite anéantiront avec elle l'interruption de prescription.

Ces causes, énumérées dans l'art. 2247, sont les suivantes :

1° *L'assignation est annulée pour défaut de forme.* — La loi montre ici une sévérité injustifiable. La nullité de l'assignation est souvent due à une faute minime, à une simple irrégularité d'écriture, et de plus cette faute est commise par l'*huissier* et non par la partie. On dit bien que l'huissier en faute sera responsable, si l'action ne peut pas être renouvelée par l'achèvement de la prescription dans l'intervalle, mais sa responsabilité sera illusoire, si sa fortune personnelle ne suffit pas, ce qui est possible, à dédommager son client. Il eût bien mieux valu accorder l'effet interruptif à l'assignation nulle pour vice de forme, comme on l'a fait pour le cas d'incompétence. Ce sont deux situations tout à fait comparables. — Dans la pratique, le défaut de la loi est fort atténué par cette circonstance que les nullités résultant d'un vice de forme doivent être proposées avant toute exception autre que l'exception d'incompétence (art. 173 C. proc. civ.), ainsi que par l'habitude qu'ont beaucoup d'avoués de ne pas s'opposer mutuellement les nullités de forme.

2° *Le demandeur se désiste de sa demande.* — Le désistement, réglé par les art. 402 et 403 C. proc. civ., est *l'abandon de la procédure* ; ce n'est pas une renonciation au fond et sur le droit lui-même. Il n'empêche donc pas de renouveler plus tard l'action, mais la procédure commencée est réputée non avenue, et par suite la prescription sera considérée comme n'ayant pas été interrompue.

3° *L'instance est périmée.* — Il y a *péremption d'instance* quand les poursuites sont discontinuées pendant trois ans, sans aucun acte de procédure, mais la péremption ne s'accomplit pas de plein droit ; il faut qu'elle soit demandée par l'adversaire (art. 397, 399 et 400 C. proc. civ.). La péremption d'instance équivaut à un désistement : c'est l'abandon des poursuites, et elle produit le même effet que le désistement.

4° *La demande est rejetée.* — Cette disposition de la loi, dont il est difficile de trouver l'application en matières de créance et de prescription extinctive, est absolument sans objet en ce qui concerne les droits réels et l'usucapion. En effet, si la demande est rejetée, il est jugé et définitivement vrai entre les parties que le demandeur n'est pas propriétaire de la chose qu'il réclamait. Dès lors le possesseur, pour arrêter de nouvelles poursuites de sa part, a une bien meilleure raison à lui opposer que la prescription ; c'est l'*exception de chose jugée*, qui empêche à jamais l'action de se produire. Il est donc inutile de décider, en pareil cas, que la demande qui a été ensuite rejetée n'a pas interrompu la prescription.

****2692. Effets de l'interruption résultant des poursuites.** — L'effet de l'interruption civile est ordinairement présenté d'une manière inexacte. On dit : « L'interruption civile rend *inutile* tout le temps couru précédemment, mais elle ne fait pas obstacle à ce qu'une *nouvelle* prescription *recommence* à courir immédiatement ». Ces deux résultats ne peuvent pas se produire simultanément : l'hypothèse d'un possesseur qui perd le bénéfice du temps écoulé tout en commençant une nouvelle prescription est *irréalisable*, quand l'interruption résulte de l'exercice de l'action en revendication intentée par le propriétaire. En effet, de deux choses l'une :

Ou bien l'action sera suivie jusqu'au bout et triomphera, et alors le propriétaire qui a revendiqué reprendra son bien et il ne pourra être question d'usucapion au profit du possesseur, ni dans le passé ni dans l'avenir ;

Ou bien l'action sera rejetée par le tribunal ou abandonnée par le demandeur, et la prescription en cours sera réputée n'avoir pas été interrompue,

l'exercice de l'action étant non avenu ; il n'y aura donc jamais de prescription nouvelle commençant à la date de l'interruption.

L'effet de l'interruption, quand il reste acquis par le triomphe définitif de l'action, se réduit à ceci que l'action aura été *intentée à temps* et que le juge devra, lors du jugement, *se reporter au début de l'instance* pour apprécier les droits des parties. La prescription se sera accomplie inutilement, si son délai s'est achevé pendant l'instance.

2° Interruption par reconnaissance volontaire du possesseur.

***2693. Définition.** — La prescription peut être interrompue, indépendamment de toutes poursuites judiciaires, par une *reconnaissance volontaire*, « que le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait » (art. 2248). La reconnaissance interruptive de l'usucapion est donc *l'aveu fait par le possesseur que la propriété du bien ne lui appartient pas.*

***2694. Formes et conditions.** — Cette reconnaissance est le plus souvent donnée *sous la forme d'une convention*, aussi l'appelle-t-on *interruption conventionnelle.* Mais rien n'empêche de la faire sous la forme d'un *acte unilatéral.* Par exemple on peut la rencontrer dans les déclarations d'un inventaire après décès, si le bien s'y trouve indiqué comme n'étant pas la propriété de son possesseur. Comp. Douai, 28 nov. 1879, S. 81. 2. 32.

On pourrait même à l'occasion admettre une reconnaissance *tacite*, résultant des faits et actes du possesseur.

La reconnaissance du droit d'autrui, étant l'équivalent d'une renonciation à l'acquisition du droit de propriété par prescription, exige de la part de celui qui la fait la capacité de disposer de la chose.

***2695. Effets.** — En matière d'usucapion, la reconnaissance volontaire rend *inutile* le temps écoulé, mais elle n'empêche pas la prescription de *recommencer à courir* aussitôt après. Pour elle, la définition des effets de l'interruption critiquée plus haut (n° 2692) est parfaitement vraie.

***2696. Caractères de la possession après la reconnaissance.** — La reconnaissance volontaire produit-elle d'autres effets? Peut-elle changer *la nature de la possession et les conditions de la prescription?* Ainsi si le possesseur, auteur de la reconnaissance, avait droit à la *prescription abrégée de dix à vingt ans*, y aura-t-il encore droit après avoir reconnu qu'il possède la propriété d'autrui? Il semble logique de répondre négativement, puisqu'il *ne sera pas de bonne foi* au moment où commencera la nouvelle prescription.

Voici, au contraire, un autre effet plus grave qu'on a souvent attribué à la reconnaissance volontaire et que l'on doit pourtant lui refuser. Ce n'est pas qu'il faille le nier en lui-même car sa possibilité est indiscutable ; seulement il faut l'attribuer à une autre cause. On a prétendu que la reconnaissance volontaire pouvait avoir pour effet de *rendre l'usucapion à tout jamais impossible dans l'avenir, en plaçant le possesseur dans l'état de précarité.* C'est là une erreur qui vient d'une analyse incomplète de la situation. La précarité suppose que le possesseur détient l'immeuble pour le compte d'autrui, c'est-à-dire qu'il a contracté l'engagement de le restituer à son propriétaire. Pour que l'auteur de la reconnaissance se trouve désormais en état de précarité, il faudra donc qu'il ait reconnu non seulement n'être pas *propriétaire* de l'immeuble, mais en même temps en être personnellement *débiteur* envers autrui, comme locataire, comme gérant, etc. Or la reconnaissance qu'il fournit au propriétaire ne *crée* pas cette obligation, qui dérive d'un contrat antérieur, bail, mandat, etc. ; elle la constate simplement ; cette précarité préexiste à la reconnaissance et n'en dérive pas.

§ 6. — *De la suspension de l'usucapion.*

****2697. Définition.** — On dit que la prescription est suspendue *quand la loi l'empêche de courir par faveur pour quelqu'un.* Son effet est que *tout*

le temps que dure la suspension ne compte pas; il faut en faire abstraction. On compte seulement le temps antérieur à la suspension, qui reste utile, et que l'on additionnera plus tard à celui qui courra quand la cause de suspension aura cessé.

****2698. Motifs.** — La suspension de la prescription est une *mesure d'équité*, inventée par faveur pour certaines personnes *qui ne sont pas en état d'interrompre la prescription quand elle court contre elles*. La loi vient à leur secours en décidant, par dérogation aux principes, que tout le temps qu'elles resteront dans cet état ne comptera pas. De la sorte chaque personne a toujours réellement à sa disposition tout le délai normal de la prescription pour l'interrompre en faisant valoir son droit.

A. — Mode de détermination des causes de suspension.

***2699. Règle suivie dans l'ancien droit.** — L'ancienne jurisprudence considérait la prescription comme suspendue *toutes les fois que celui contre lequel elle courait se trouvait dans l'impossibilité d'agir*. On répétait comme un adage : « Contra non valentem agere non currit præscriptio » (POTHIER, *Prescription*, nos 22 et suiv. — Comp. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, part. I, chap. 10). C'était donc au juge qu'il appartenait, dans tous les cas, de décider si, *en fait*, il existait une cause de suspension au profit de telle ou telle personne. Malheureusement les tribunaux s'étaient montrés enclins à admettre trop facilement que la prescription avait été suspendue; ils trouvaient presque toujours quelque bonne raison pour admettre que le propriétaire n'avait pu agir, parce qu'il était absent, parce qu'il ignorait son droit, parce qu'il avait perdu l'esprit, etc., et le possesseur était privé du bénéfice de la prescription. Or la prescription est fondée beaucoup plus sur des considérations d'intérêt général, qui font d'elle la protectrice des patrimoines privés, que sur l'intention de punir par une déchéance le propriétaire négligent. La prescription ne doit être suspendue que pour des causes graves, méritant qu'on porte atteinte au principe tutélaire de son institution, et dont le législateur doit seul être juge.

****2700. Principe nouveau formulé par le Code civil.** — De là la règle nouvelle, contenue dans l'art. 2251 : « La prescription *court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi* ». Cela revient à dire qu'il n'y a pas d'autres causes de suspension que celles qui sont indiquées par le Code. Malheureusement quand on établit ainsi une liste d'exceptions, on court grand risque d'être incomplet et d'oublier des cas particuliers, tout aussi recommandables que ceux qu'on admet. C'est ce qui est arrivé pour les causes de suspension; la jurisprudence a eu à compléter la liste dressée par la loi, car il se trouve que le Code, après avoir admis la suspension de prescription pour des motifs qui ne sont pas toujours décisifs, a omis de l'établir dans des cas où elle est impérieusement exigée par l'équité.

****2701. Système de la jurisprudence.** — Pour concilier ses décisions avec le texte en apparence limitatif de l'art. 2251, la jurisprudence fait remarquer que la loi n'a entendu fixer elle-même les causes de suspension qu'autant qu'elles sont fondées sur des *considérations relatives à la personne*

contre laquelle la prescription court. Elle tire argument du langage de la loi qui s'exprime ainsi : « La prescription court *contre toutes personnes*, à moins que... » Le Code ne s'est donc pas occupé des causes de suspension qui sont *indépendantes des personnes.* Les tribunaux ont ainsi maintenu à leur profit, sinon dans tous les cas, du moins dans beaucoup, l'ancienne liberté d'appréciation dont ils jouissaient. Voyez les critiques de LAURENT, t. XXXII, nos 38 à 43. Actuellement, les arrêts ne s'inquiètent même plus de justifier leurs solutions et ils s'expriment comme si l'ancienne maxime : « Contra non valentem agere non currit præscriptio » était toujours la règle du droit français (Cass., 28 juin 1870, D. 70. 1. 309, S. 71. 1. 137 ; Nancy, 16 nov. 1889, S. 91. 2. 161 ; Caen, 4 juin 1891, S. 92. 2. 193).

B. — Causes de suspension établies par la loi.

***2702. Énumération.** — Les personnes qui bénéficient, en vertu de la loi, d'une suspension de prescription, sont au nombre de quatre.

1° MINEURS ET INTERDITS. — La prescription est suspendue à leur profit tant que dure la minorité ou l'interdiction (art. 2252). Cette cause de suspension est commune à *tous les mineurs, émancipés ou non* ; mais parmi les interdits, il n'y a que les *interdits judiciaires* qui en profitent. Les condamnés en état d'interdiction légale n'y ont pas droit. Il en est de même des aliénés internés en vertu de la loi de 1838 ; ceux-là ne sont pas des « interdits ». A plus forte raison, la prescription n'est pas suspendue au profit des faibles d'esprit ou des prodigues pourvus d'un conseil judiciaire. — Les seules prescriptions qui soient suspendues au profit des mineurs et interdits sont celles qui durent plus de cinq ans (art. 2278 et arg. de cet article).

Cette première cause de suspension n'est pas à l'abri de toute critique. D'une part les mineurs non émancipés et les interdits ont un tuteur responsable des négligences qu'il commet et qui peut agir à leur place. D'autre part, la suspension de la prescription se répétant plusieurs fois de suite au profit de mineurs et d'interdits qui se succèdent, peut avoir pour résultat d'en retarder l'accomplissement au delà des limites raisonnables.

2° FEMMES MARIÉES. — En principe, la prescription court contre les femmes mariées, aussi bien que contre les femmes majeures qui sont filles, veuves ou divorcées (art. 2254) ; mais ce principe subit des exceptions ; il y a *trois cas où la femme mariée bénéficie d'une cause de suspension.*

a. — Lorsqu'elle est mariée sous le *régime dotal* et qu'il s'agit de ses *immeubles dotaux* (art. 2255). Ainsi l'action en nullité qui lui appartient pour reprendre son bien dotal indûment aliéné est imprescriptible pendant le mariage (art. 1560).

b. — Lorsqu'elle est mariée sous le *régime de communauté* et que son action *dépend du parti qu'elle prendra pour accepter ou répudier la communauté.* Comme cette option n'est ouverte à la femme qu'après la dissolution de la communauté, la prescription contre la femme est suspendue tant que la communauté dure (art. 2256-1°). La loi contient ici une *inexactitude.* Elle dit que la prescription est suspendue « pendant le *mariage* ». C'est « pendant la *communauté* » qu'il eût fallu dire, car la communauté peut se dissoudre pendant la

durée du mariage, par l'effet d'une séparation de corps ou de biens, et dès ce moment la femme peut prendre parti sur la communauté ; la prescription doit donc courir immédiatement contre elle, bien que le mariage dure encore.

c. — *Sous tous les régimes*, lorsque l'action de la femme serait *de nature à réfléchir contre son mari* (art. 2256-2°). L'action de la femme « réfléchit » contre le mari, lorsqu'elle est exercée contre un tiers, qui, poursuivi par elle, a un recours contre le mari. La loi suspend alors la prescription, parce qu'elle pense que la femme hésitera à agir dans la crainte de mécontenter son mari. Cette cause de suspension dure pendant toute la durée du mariage. Les expressions employées par la loi au commencement de l'art. 2256, qui se trouvent fausses en ce qui concerne l'exception prévue dans le 1° de l'article, sont au contraire exactes pour l'exception prévue dans le 2°.

3° Prescription entre époux. — L'art. 2253 suspend la prescription entre époux, pendant toute la durée du mariage. Si l'un d'eux a quelque droit à faire valoir contre son conjoint, la prescription ne commencera à courir qu'après la dissolution du mariage.

Le motif est-il, comme on le dit, le désir de maintenir la bonne entente entre les époux, en les dispensant de se poursuivre l'un l'autre? C'est possible ; cependant ce motif n'existe plus à partir de la séparation de corps, et la suspension de prescription continue à produire son effet. On peut remarquer en outre qu'il est défendu aux époux de se faire des donations indirectes irrévocables : l'art. 1096 veut que toute donation faite par l'un des époux à l'autre puisse être révoquée à volonté ; or la prescription, si on l'avait laissée courir entre eux, leur eût offert un moyen facile de s'avantager d'une manière irrévocable : celui qui se serait trouvé créancier de l'autre n'aurait eu qu'à laisser s'accomplir le temps fixé par la loi, et il aurait ainsi libéré définitivement son conjoint.

4° Héritiers bénéficiaires. — Aux termes de l'art. 2258, al. 1er, la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des *créances* qu'il a contre la succession. Mais ce texte, qui est d'interprétation stricte, ne suspend pas la prescription à l'égard des *revendications* et autres *actions réelles* que l'héritier possède contre la succession.

2703. Causes de suspension rejetées par les textes. — Deux textes spéciaux éliminent des causes de suspension qu'on aurait pu être tenté d'admettre, l'une au profit des *successions vacantes* (art. 2258, al. 2), l'autre au profit des *successions bénéficiaires*, pendant les délais accordés à l'héritier pour délibérer (art. 2259). Dans ces deux hypothèses la succession semble n'avoir personne pour la représenter, mais cet état d'abandon n'est qu'apparent.

1° Si la succession est vacante, elle peut être *pourvue d'un curateur*, qui sera responsable des prescriptions qu'il aura laissées s'accomplir. Si les intéressés, tels que les créanciers du défunt, ne font pas nommer de curateur, ils seront victimes de leur négligence : ils verront les droits actifs de la succession se perdre par prescription, mais ils ne pourront s'en prendre qu'à eux-mêmes.

2° Au cas où l'héritier délibère sur le parti qu'il doit prendre, il lui est loisible d'interrompre les prescriptions qui courent contre la succession, bien qu'il n'ait pas encore accepté ; l'interruption de prescription est un acte conservatoire qu'il a qualité pour faire pendant les délais de délibération et d'inventaire, sans compromettre son droit d'option. De leur côté, les tiers qui ont des actions à exercer contre la succession peuvent valablement les intenter pendant ces mêmes délais, sauf à se voir opposer l'exception dilatoire dont jouit l'héritier. L'instance sera retardée, mais la prescription aura été interrompue.

C. — Causes admises par la jurisprudence.

2704. Suspension du cours de la justice par l'état de guerre. — Quand le cours de la justice est arrêté par l'invasion, il serait trop dur de laisser courir les prescriptions contre des justiciables qui n'ont pas pu trouver de juges. Cette jurisprudence aurait eu l'occasion de s'appliquer à la suite de la guerre de 1870-1871, qui a jeté tant de perturbations dans les affaires, mais la situation fut alors réglée par des textes spéciaux (Décr. 9 sept. 1870 ;

L. 27 mai 1871). En vertu de ces textes, il fallait augmenter la durée de toutes les prescriptions d'un temps égal à la durée de la guerre franco-allemande. Ces dispositions, d'intérêt temporaire, ont été abrogées le 20 décembre 1879. Des dispositions semblables et plus larges encore ont été prises pour la guerre de 1914.

2705. Ignorance de l'existence du droit. — La Cour de cassation admet la suspension de prescription toutes les fois que le propriétaire peut raisonnablement ignorer le fait qui donne naissance à son action et à son intérêt d'agir (Cass., 27 mai 1857, D. 57. 1. 290). On a objecté, non sans quelque raison, que cette dernière cause de suspension tend à détruire presque entièrement la règle qui la fait courir en principe contre toutes personnes, car ce ne sont pas ceux qui connaissent leur droit qui le laissent prescrire, mais bien ceux qui l'ignorent.

§ 7. — *Des effets de la prescription.*

****2706. Acquisition de la propriété.** — Quand l'usucapion est accomplie, le possesseur est devenu propriétaire.

On pourrait en douter, tout au moins pour la *prescription trentenaire*, en lisant l'art. 2262. Ce texte se borne à déclarer *éteinte* l'action en revendication du propriétaire qui a laissé s'achever la prescription contre lui : « Toutes actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans ». Le droit français semble donc reproduire la vieille règle du droit romain d'après laquelle la *præscriptio triginta annorum* était une cause d'extinction des actions, fournissant l'action en revendication. Cependant la prescription fait réellement, et en toute hypothèse, acquérir la propriété, et cela pour les raisons suivantes : 1° L'art. 712 dit que *la propriété s'acquiert par prescription*, sans faire aucune distinction ; 2° l'art. 2219, définissant la prescription, dit de même d'une manière générale qu'elle est « un moyen d'acquérir » ; 3° on a toujours admis dans notre ancien droit que la prescription faisait acquérir non seulement le domaine utile, mais même le plein domaine (DUNOD DE CHARNAGE, liv. I, chap. XIV), et il n'y a pas d'apparence que le législateur moderne ait voulu abandonner un point aussi fermement établi. — La légère difficulté qui vient d'être examinée pour la prescription trentenaire ne se produit pas pour la prescription décennale : l'art. 2265 dit en termes formels que le possesseur de l'immeuble « en acquiert la propriété par dix ans ».

***2707. Survie des actions personnelles.** — L'usucapion est une manière d'acquérir ; elle rend *propriétaire* ; mais elle n'a pas pour effet de *libérer les débiteurs* : par conséquent, elle n'enlève pas au propriétaire les différentes actions personnelles qu'il peut avoir pour se faire restituer son bien par ceux qui le détiennent. Sans doute, quand l'usucapion s'accomplira par 30 ans, ces actions se trouveront éteintes par la prescription extinctive trentenaire en même temps que la propriété sera acquise ; mais les actions personnelles pourront survivre à la revendication pendant 10 à 20 ans, quand l'usucapion s'accomplira par les délais abrégés de l'art. 2265. Par exemple, si l'aliénation, qui a permis au tiers acquéreur d'usucaper par dix ans, lui a été consentie par un *locataire* ou un *séquestre*, celui-ci reste personnellement tenu envers le propriétaire de lui restituer son bien, obligation qui dure trente ans.

***2708. Rétroactivité de l'usucapion.** — Quand l'usucapion est achevée, le possesseur est réputé propriétaire, non pas seulement à compter du dernier jour du délai, mais dans le passé, *dès le moment où la prescription a commencé à courir*. Cela se comprend sans peine quand le possesseur est muni d'un *titre* ; la prescription ne fait que consolider ce titre ; le possesseur garde définitivement la chose en qualité d'acheteur, de donataire, etc., comme si l'acte qui lui a permis de prescrire lui avait dès le début transféré la propriété.

Le même effet se produit dans la prescription trentenaire, même quand l'absence de titre est avouée ou connue ; la prescription remplace le titre.

CONSÉQUENCES DE LA RÉTROACTIVITÉ. — 1° *Les fruits perçus par le possesseur, même de mauvaise foi, lui restent définitivement.* Ils n'auraient pu lui être réclamés qu'à titre d'accessoires dans une revendication exercée en temps utile. Le propriétaire, qui a perdu son action principale, n'a donc plus aucun moyen de les reprendre ;

2° *Les tiers qui ont acquis du possesseur des droits réels sur l'immeuble* (servitudes, hypothèques, etc.) pendant la durée de l'usucapion, *les voient rétroactivement consolidés*, comme s'ils leur avaient été conférés par le vrai propriétaire ;

3° *Si le possesseur se marie sous le régime de la communauté légale*, l'immeuble qu'il était en train de prescrire au moment de son mariage *lui appartiendra en propre* (art. 1402), bien qu'il n'en eût alors que la possession, et que l'usucapion se soit accomplie seulement pendant le mariage. Si cette usucapion s'accomplissait sans rétroactivité, l'acquisition de la propriété se placerait pendant le mariage et l'immeuble serait *commun* aux deux époux, par application de l'art. 1401-3°.

***2709. Nécessité d'opposer la prescription.** — L'usucapion ne produit pas son effet de plein droit. La loi dit que « *les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* » (art. 2223). Il faut donc que la prescription soit *opposée par le possesseur*, c'est-à-dire invoquée à son profit par des *conclusions formelles* prises devant le tribunal. La réserve banale qu'on insère habituellement dans les pièces de procédure : « et par tous les autres moyens de droit qu'il vous plaira de suppléer d'office » n'est pas suffisante. Il en serait de même si l'avocat s'était borné à invoquer la prescription dans sa plaidoirie sans qu'elle ait fait l'objet de conclusions écrites (Cass., 16 nov. 1886, S. 87. 1. 72).

Le motif de cette exigence est que la prescription repose au fond sur une simple *présomption*, qui dans certains cas se trouve contraire à la vérité. La loi laisse donc à la *conscience* de chacun le droit d'user ou non de ce moyen.

2710. A quel moment la prescription doit être opposée. — Elle peut être invoquée devant les juges *en tout état de cause* (art. 2224), c'est-à-dire *même en appel*, tant que les débats ne sont pas *clos* par la déclaration du président disant que « la cause est entendue ». C'est l'application du droit commun : les *moyens nouveaux* peuvent être présentés pour la première fois devant les juges d'appel, mais non devant la Cour de cassation.

Bien entendu, le défendeur serait privé du droit d'opposer la prescription, s'il devait être considéré, d'après les circonstances, comme y ayant renoncé (art. 2224). Mais le fait de n'avoir point employé en première instance le moyen tiré de la prescription ne prive pas du droit de l'opposer en appel.

***2711. Droit des créanciers du possesseur.** — Le possesseur n'est pas seul à jouir de l'exception de prescription ; ses créanciers ont le même droit que lui (art. 2225). Ils peuvent y avoir grand intérêt ; le bien qui a été usucapé par leur débiteur forme peut-être le meilleur de leur gage ; s'il lui est enlevé par le revendiquant, ils courent le risque de n'être pas payés. Ils interviendront dans l'instance pour opposer la prescription, alors que leur débiteur néglige de le faire. Le droit ainsi accordé aux créanciers est l'application d'une règle générale : l'art. 1166 permet aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur, en son lieu et place, toutes

les fois qu'ils y ont intérêt, sauf un petit nombre d'exceptions. Quand les créanciers usent de ce droit, on dit qu'ils agissent *du chef de leur débiteur.*

L'art. 2225, qui semble la répétition surabondante du principe de droit commun écrit dans l'art. 1166, était cependant utile pour lever un doute. Les cas dans lesquels la loi, par dérogation au principe, refuse aux créanciers l'exercice de certaines actions appartenant au débiteur, sont ceux où une question d'affection, d'honneur ou de conscience se mêle à la question d'argent : les créanciers, désireux d'être payés, sacrifieraient toujours le côté moral au côté pécuniaire ; c'est pour cela que la loi réserve alors au débiteur seul l'exercice de son droit. Or la faculté d'opposer la prescription est justement une de ces hypothèses dans lesquelles une considération morale, un scrupule de conscience peut entraîner à une renonciation, qui est un sacrifice d'argent. Les interprètes se seraient peut-être prononcés contre l'intervention des créanciers ; la loi qui désirait assurer à ceux-ci le droit d'opposer la prescription a statué en leur faveur par un texte formel.

Dans l'opinion commune on donne de l'art. 2225 une autre explication, qui lui attribue une portée plus étendue ; voyez ci-dessous, n° 2716.

§ 8. — *De la renonciation à la prescription.*

***2712. Prohibition des renonciations anticipées.** — « On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription », dit l'art. 2220. Cette prohibition est fondée sur le caractère d'intérêt général que présente la prescription ; la prescription est d'ordre public ; donc les conventions des particuliers n'y peuvent pas déroger (art. 6). Si on avait permis d'insérer dans les actes une pareille clause, elle y serait vite devenue de style.

Autant les renonciations anticipées à la prescription étaient à craindre dans les *contrats*, en matière *d'obligations*, autant on en conçoit difficilement l'application en matière *d'usucapion.* On ne voit pas pourquoi et comment la personne qui acquiert de bonne foi et avec titre un immeuble s'engagerait à ne pas faire usage, le cas échéant, de la prescription. On comprend peut-être encore moins cette renonciation de la part d'un usurpateur qui s'empare de l'immeuble sans aucun titre. La présence de cette prohibition dans la loi, où elle est sans portée relativement à l'usucapion, vient du perpétuel et inutile mélange des deux espèces de prescriptions.

2713. Possibilité de renoncer à une prescription acquise. — La loi, qui prohibe les renonciations anticipées, autorise au contraire les renonciations faites après coup, quand la prescription est accomplie (art. 2220). Il n'y a plus alors qu'un intérêt particulier en jeu : celui qui est protégé par la prescription peut, à son choix, ou se servir de ce moyen ou y renoncer ; il ne fait que disposer de son droit.

La renonciation est un *acte unilatéral*, qui n'a pas besoin d'être accepté par l'autre partie. C'est de plus un acte *non solennel*, qui peut se faire d'une manière quelconque, expressément ou tacitement (art. 2221). La renonciation *tacite* résulte de faits qui impliquent l'intention d'abandonner le droit acquis. Il est évident que les juges ne doivent pas admettre à la légère cette intention, en l'induisant d'*actes équivoques*, qui seraient susceptibles de recevoir une autre interprétation ; les renonciations ne se présument pas. Mais la décision des juges du fait, qui se borne en cela à interpréter l'intention des parties, échappe au contrôle de la Cour de cassation (Cass., 21 mai 1883, D. 84. 1. 163, S. 84. 1. 422).

***2714. Effets de la renonciation.** — Le possesseur, qui renonce à la pres-

cription au moment où celle-ci lui est acquise, semble se dépouiller de son bien et consentir un acte translatif de propriété au profit d'autrui : mais ce n'est là qu'une apparence. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus (n° 2709), la prescription n'opère pas de plein droit : elle a besoin d'être *opposée* par la partie et le juge ne peut pas la suppléer d'office. Par conséquent, si c'est un moyen d'acquérir, encore faut-il qu'on l'*emploie* ; quand celui qui a prescrit renonce à la prescription, il omet de se servir d'un moyen que la loi mettait à sa disposition pour devenir propriétaire ; on pourra donc dire de lui qu'il *a manqué une occasion d'acquérir*, qu'il a refusé de faire entrer un bien dans son patrimoine ; mais il serait inexact de dire qu'il l'a *aliéné*, qu'il en a transmis la propriété à autrui. L'art. 2221 présente la renonciation à la prescription comme étant « l'abandon d'un *droit acquis* », mais ce droit acquis est seulement le droit d'opposer la prescription. C'est de ce droit, et non de la propriété qui ne lui est pas encore acquise, que le possesseur se dépouille par sa renonciation.

***2715. Capacité.** — Bien que la renonciation à une prescription acquise ne soit pas l'*équivalent juridique* d'une aliénation, elle a cependant le *même effet pratique* : elle prive celui qui la fait de la propriété d'un bien qu'il dépendait de lui de conserver définitivement. La renonciation est donc essentiellement dangereuse ; aussi la loi la défend-elle à « *celui qui ne peut aliéner* » (art. 2222).

Les mots « ne peut » comprennent ici les deux questions de *capacité* (pour celui qui agit sur ses propres biens) et de *pouvoir* (pour celui qui agit pour le bien d'autrui). Par conséquent, un *incapable*, même ayant l'*administration* de ses biens, comme le mineur émancipé ou la femme séparée de biens, ne peut pas renoncer à la prescription ; un *tuteur* ne le peut pas non plus sans être pourvu des mêmes autorisations que s'il s'agissait d'aliéner l'immeuble.

***2716. Droits des créanciers du renonçant.** — Il n'est pas douteux, si la renonciation est faite *par un débiteur insolvable en fraude des droits de ses créanciers*, que ceux-ci pourront la faire annuler au moyen de *l'action Paulienne* (art. 1167) et conserveront ainsi comme gage le bien dont leur débiteur a prescrit la propriété. C'est le droit commun. Mais on prétend que l'art. 2225 leur confère à cet égard un bénéfice particulier consistant en ceci : les créanciers seraient dispensés de prouver la *fraude* (1), et il suffirait qu'ils fissent la preuve du *préjudice* que leur cause la renonciation, préjudice qui est ordinairement évident. La loi dit, en effet, que les créanciers ont le droit d'opposer la prescription, « encore que le débiteur y renonce » ; elle n'exige pas la condition de fraude. Les créanciers n'auront donc pas besoin d'établir que leur débiteur a renoncé à la prescription *intentionnellement*, pour leur nuire ; le succès de leur action est ainsi rendu beaucoup plus facile que si on leur faisait l'application du droit commun. C'est en ce sens que l'art. 2225 est interprété par la grande majorité de la doctrine et par la jurisprudence qui, du reste, n'a rendu à cette occasion que quelques rares arrêts (Bordeaux, 13 déc. 1848, D. 49. 2. 158 ; Orléans, 27 févr. 1855, D. 55. 2. 234. Comp. Cass., 21 déc. 1859, D. 60. 1. 265, S. 60. 1. 945, qui laisse la question indécise. Pour les citations d'auteurs, voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Prescription civile, n° 62). — Cette solution ne me paraît pas exacte comme interprétation du texte. L'art. 2225 a été visiblement tiré du passage suivant de Dunod de Charnage : « Si celui qui a prescrit *négligeait de s'en prévaloir*, ses créanciers pourraient le faire, parce que la prescription forme un droit acquis dont on ne peut se dépouiller au préjudice de ses créanciers » (Liv. I. chap. 14, p. 110). Il

(1) De droit commun, pour qu'un créancier puisse faire annuler un acte fait par son débiteur et qui lui cause un préjudice, il faut qu'il prouve d'une manière spéciale que son débiteur, en agissant ainsi, a voulu faire *fraude à ses droits*.

s'agit donc du cas où le possesseur *omet* d'opposer le moyen tiré de la prescription, et non pas du cas où il a, par un acte spécial, renoncé à la prescription. En présence d'une *renonciation faite*, il faudrait un texte formel pour déroger aux principes généraux de l'action Paulienne et pour dispenser les créanciers de prouver la fraude. Or ce texte dérogatoire n'existe pas dans l'art. 2225. Si la loi avait voulu faire allusion à une renonciation déjà faite, elle aurait dit : « encore que le débiteur *y ait déjà renoncé* ». L'emploi du présent (y renonce) montre qu'on a pensé au simple fait d'une abstention qui dure encore au moment où les créanciers interviennent.

Une autre opinion, jadis soutenue par M. Valette, a été reprise par LAURENT, t. XXXII, nos 209, 210 et 220.

CHAPITRE V

DE L'ACCESSION

***2717. Définition.** — On appelle « accession » le *droit en vertu duquel le propriétaire d'une chose acquiert la propriété de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose*, soit naturellement, soit artificiellement. Ainsi on dit que le propriétaire d'un *terrain* devient propriétaire, par voie d'accession, des *matériaux* employés dans un édifice élevé sur ce terrain.

Le mot « accession » désigne aussi parfois, mais plus rarement, la chose accessoire unie à la chose principale, comme dans l'adage latin : « Accessio cedit principali » (*Digeste*, liv. XXXIV, tit. 2, fr. 19, § 13).

La chose principale, au profit de laquelle l'accession se réalise, peut être un meuble ou un immeuble, et l'accession peut être l'effet, tantôt d'un phénomène naturel (*accession naturelle*), tantôt d'un travail de l'homme (*accession artificielle*). Sur un immeuble, ce travail est tantôt une *construction*, tantôt une *plantation*, selon qu'il porte sur des *matériaux* ou sur des *végétaux*.

SECTION I. — **Accession au profit d'un immeuble.**

§ 1. — *Accession naturelle.*

2718. Accession des animaux. — L'accession des animaux a lieu de deux façons différentes : tantôt l'acquisition de la propriété est *immédiate* pour le propriétaire sur le fonds duquel l'animal s'est fixé, tantôt elle ne se produit *qu'au bout d'un certain temps*.

CAS D'ACCESSION IMMÉDIATE. — L'accession est immédiate pour les *pigeons*, *lapins* et *poissons*, qui passent d'un colombier, d'une garenne ou d'un étang dans un autre (art. 564). Ces animaux sont censés faire partie du fonds qui les contient ; ils sont immeubles par destination (art. 524) ; ils changent de maître en changeant de gîte. Mais ceci suppose que leur déplacement a été naturel : « pourvu toutefois qu'ils n'aient point été attirés par fraude et artifice », dit l'art. 564. Cette dernière phrase signifie évidemment que s'il y a eu fraude, la règle reçoit exception et les animaux attirés par un voisin sur son fonds continuent d'ap-

partenir à leur ancien propriétaire, et peuvent être revendiqués par lui. L'opinion contraire, qui réduit le propriétaire des animaux à une simple action en dommages-intérêts, ne paraît pas conciliable avec le texte. — L'accession est également *immédiate* pour les *abeilles*, qui appartiennent au propriétaire du fonds sur lequel elles se fixent, à moins que le propriétaire de l'essaim n'ait pas cessé de le suivre (L. 4 avril 1889, art. 9).

Cas d'accession après séjour. — Au contraire, l'acquisition de la propriété n'a lieu qu'au bout *d'un mois* pour les *volailles et animaux de basse-cour* qui s'enfuient sur une autre propriété. Ce délai court à compter de la *déclaration* que la loi impose à la personne qui les a recueillies et qui doit être faite à la mairie (L. 4 avril 1889, art. 5).

2719. Alluvions et relais. — Les atterrissements qui se produisent dans un cours d'eau s'appellent *alluvions*, quand ils consistent en un dépôt de vases ou de graviers le long des rives, et *relais* quand le courant abandonne une rive pour se porter sur l'autre. Les alluvions et les relais appartiennent en général aux propriétaires des fonds le long desquels ils se sont formés (art. 556 et 557). Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les cours d'eau du domaine public et les autres. Toutefois, si le cours d'eau est navigable ou flottable, les riverains doivent laisser sur le bord le terrain nécessaire pour le *marche-pied* ou le *chemin de halage* (art. 556), de sorte que ce chemin recule avec l'eau, et que les riverains peuvent désormais utiliser le terrain sur lequel il était précédemment établi. Si le cours d'eau longe une voie publique, l'alluvion ne profite pas aux propriétés qui se trouvent de l'autre côté du chemin ou de la route, car elles ne sont pas riveraines ; elle appartient, selon la qualité de la route, à l'État, au département ou à la commune.

Cas exceptionnels. — L'alluvion ou le relai n'accroît pas aux propriétés riveraines :

1° Quand il s'agit de la *mer*. L'alluvion ou le relai appartient toujours à l'État. L'art. 557, al. 2, rappelle cette règle qui se trouve déjà dans l'art. 538 ;

2° Quand il s'agit d'un *étang* (art. 558). L'étang est une propriété privée dont les limites sont fixes. Le propriétaire de l'étang ne perd rien de son terrain quand l'eau baisse et découvre ses bords ;

3° Quand il y a *avulsion* (art. 559). Hypothèse difficilement réalisable, empruntée aux textes romains (*Digeste*, liv. XLI, tit. I, fr. 7, § 2). Prévoyant le cas où un cours d'eau se déplace en rongeant l'une de ses rives et en se retirant de l'autre, le Code décide que les propriétaires de la rive entamée par les eaux ne peuvent rien réclamer sur l'alluvion ou le relai qui se forme sur l'autre rive (art. 557). C'est un des inconvénients attachés au voisinage des cours d'eau. D'ailleurs rien ne prouve que ce que l'un gagne vienne de ce que son voisin a perdu ;

4° *Quand un cours d'eau du domaine public change de lit.* Les riverains du lit abandonné n'acquièrent pas de plein droit la propriété du terrain mis à découvert par la retraite des eaux ; la loi leur donne seulement la faculté d'acheter le lit abandonné, à chacun en droit soi, jusqu'à la ligne médiane de la rivière ; le prix est fixé par des experts nommés par le tribunal sur la requête du préfet (art. 563 nouv., texte de 1898). Faute par eux d'user de ce droit dans les trois mois à compter d'une notification qui leur est faite par le préfet, il est procédé, au profit du domaine de l'État, à l'aliénation du lit abandonné (même art.) (1). Comp. Montpellier, 16 nov. 1905, S. 1906. 2. 40.

2720. Iles. — Quant aux *îles* de formation nouvelle, dues au dépôt des alluvions dans le milieu du lit, la loi en attribue la propriété à l'*État*, lorsque le cours d'eau fait partie

(1) Cet article est un de ceux qui ont été modifiés par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux. D'après l'ancien texte, le lit abandonné était attribué aux propriétaires dont les terrains avaient été submergés par les eaux quand elles s'étaient frayé un nouveau cours. C'était une sorte d'indemnité qu'on leur donnait. D'après le texte actuel, les propriétaires reçoivent comme indemnité le prix provenant de la vente de l'ancien lit (art. 563, al. 3). — Ce n'est pas là la seule modification apportée à ce texte en 1898 ; dans sa rédaction primitive, il s'appliquait même aux cours d'eau non navigables ni flottables. On a déjà vu (ci-dessus, n° 2188) que le droit de propriété des riverains sur le lit des petites rivières et des ruisseaux a été reconnu par la loi nouvelle : par suite il ne peut être question de disposer de ce terrain au profit de qui que ce soit quand il est mis à découvert par la retraite des eaux, et c'est pour cela que le texte de l'art. 563 a été restreint en 1898 aux cours d'eau du domaine public.

du domaine public (art. 560), et aux *riverains* lorsque le cours d'eau n'est ni navigable ni flottable (art. 561). Pour la répartir entre les riverains on trace une ligne médiane suivant le fil de l'eau, et chaque rive a droit à la portion de l'île qui se trouve de son côté (art. 561). Si l'île se prolonge devant plusieurs propriétés, chaque propriétaire obtient ce qui se trouve en droit soi, c'est-à-dire entre les deux perpendiculaires abaissées des limites de sa propriété sur la ligne médiane du courant.

L'île peut se former, non pas par alluvion, mais par le creusement d'un nouveau bras de rivière. Dans ce cas les propriétés entourées par l'eau restent à leurs anciens propriétaires (art. 562). Solution qu'il n'était vraiment pas besoin d'écrire dans la loi.

§ 2. — *Accession artificielle.*

****2721. Caractère onéreux.** — Ce genre d'accession est bien soumis en principe à la règle générale qui gouverne toute la matière : tout ce qui est incorporé à un fonds par l'effet d'un travail quelconque devient la propriété du propriétaire du sol, sans qu'il y ait à rechercher par qui ni aux frais de qui le travail a été fait : *Superficies solo cedit.* Mais tout n'est pas terminé par l'application de ce principe. Si l'on peut admettre qu'un propriétaire soit dépouillé de son bien par l'effet de l'accession naturelle sans recours possible, parce qu'elle est le résultat d'un phénomène dont personne n'est responsable, il n'en est plus de même quand l'accession est l'œuvre d'une personne connue. Aussi le propriétaire des matériaux ou des végétaux incorporés au terrain d'autrui est-il muni d'un *droit à indemnité*, qui lui donne contre le propriétaire du sol une action fondée sur ce principe que *nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.*

Pour étudier les questions que soulève ce genre d'accession, on raisonne ordinairement sur l'hypothèse d'une *construction*, plus fréquente et plus intéressante que celle d'une *plantation*, mais les règles sont les mêmes.

****2722. Les deux cas prévus par la loi.** — La loi n'a prévu que deux combinaisons : 1° le constructeur *est propriétaire du sol*, mais *il a employé les matériaux d'autrui* (art. 554) ; 2° le *constructeur n'a employé que des matériaux lui appartenant*, mais *il n'est pas propriétaire du sol* (art. 555). — On peut en imaginer une troisième, celle où le constructeur ne serait propriétaire ni du sol ni des matériaux ; mais elle se résout très simplement par l'application cumulative de l'art. 554 dans les rapports du propriétaire du sol avec le propriétaire des matériaux, et de l'art. 555 dans ses rapports avec le constructeur.

Observation. — Les questions qui vont être examinées pour ces deux hypothèses supposent toutes qu'il y a eu *incorporation matérielle*, c'est-à-dire qu'il s'agit de matériaux de construction employés dans un bâtiment et devenus *immeubles par nature.* C'est dans ce cas-là seulement que l'accession fonctionne pour faire acquérir la propriété ; les matériaux employés ont perdu leur individualité ; il n'y a plus ni briques, ni bois, ni pierres ; il y a une maison. Au contraire, il n'y aurait pas accession ni acquisition de propriété, si le propriétaire d'un terrain, ayant à sa disposition le meuble d'autrui, en faisait un simple immeuble par destination ; en ce cas, le meuble qu'il a voulu immobiliser garde sa nature

propre et son existence distincte : il reste donc la propriété de celui à qui il appartenait d'abord. L'immobilisation par destination suppose remplie une condition particulière, à savoir que le meuble et l'immeuble appartiennent tous deux au même propriétaire (ci-dessus, nos 2216 et suiv.) ; elle ne peut donc pas avoir la vertu de faire acquérir la propriété à celui qui ne l'a pas.

A. — Emploi des matériaux appartenant à autrui (art. 554).

***2723. Droit du propriétaire des matériaux.** — Le propriétaire qui, en construisant sur son terrain, a employé les matériaux d'autrui dans sa construction, est *tenu d'en payer la valeur* (art. 554). Il peut en outre être condamné, s'il y a lieu, à des *dommages et intérêts*, mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.

L'art. 554 est d'une *application rare*, parce que celui qui emploie ainsi les matériaux d'autrui est presque toujours protégé par la règle « En fait de meubles possession vaut titre ». En effet, au moment où il les utilise, les matériaux sont meubles et la bonne foi du possesseur de meubles se présume. Pour agir contre lui, le propriétaire des matériaux doit donc prouver qu'au moment où il les a utilisés, *il savait que ces matériaux ne lui appartenaient pas.*

2724. Effet de la démolition. — On s'est demandé si le propriétaire des matériaux recouvrerait le droit de les revendiquer au cas où la construction viendrait à être démolie avant qu'il ait été indemnisé. On le lui permettait en droit romain, parce que l'emploi de ses matériaux par autrui ne lui en faisait pas perdre la propriété (*Institutes*, liv. II, tit. I, § 29). Si on l'empêchait de les revendiquer, c'était uniquement pour éviter une démolition qui aurait causé au constructeur un dommage beaucoup plus grand que celui qu'il éprouvait lui-même. Mais en droit français cette faculté doit lui être refusée, parce que l'accession est *une manière d'acquérir*, qui dépouille le propriétaire de sa chose (art. 551 et 712). Le déplacement de propriété qui s'opère est définitif.

B. — Constructions élevées sur le terrain d'autrui (art. 555).

****2725. Distinction entre les possesseurs.** — Une personne bâtit, avec des matériaux qui lui appartiennent et qu'elle a payés, sur un terrain qui ne lui appartient pas. Cette construction n'est pas à celui qui l'a élevée : elle est devenue, par l'effet de l'accession, *la propriété du propriétaire du sol.* Quel est le droit de celui-ci, le jour où il reprend son terrain? Peut-il forcer le constructeur à démolir? S'il garde les constructions, peut-il les conserver sans bourse délier? Et s'il est obligé d'indemniser le constructeur, comment sera calculée la somme à payer? Sur tous ces points la loi traite différemment le constructeur selon qu'il possédait *de bonne* ou *de mauvaise foi* le terrain sur lequel il a bâti. On appelle « possesseur de bonne foi » celui *qui se croit propriétaire du terrain qu'il possède* ; la bonne foi, du reste, n'est prise en considération qu'autant qu'elle s'appuie sur un *juste titre* (pour la définition du juste titre, voyez ci-dessus, no 2291). La loi se borne elle-même à une sorte de rappel de ses dispositions précédentes en définissant le possesseur de bonne foi dans l'art. 555 : « Un tiers évincé

qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi. » Ceci nous renvoie à l'art. 550, déjà étudié à propos des effets de la possession (nos 2228 et suiv.).

1° Du possesseur de bonne foi.

****2726. Maintien des constructions moyennant indemnité.** — Lorsque le constructeur a été de *bonne foi*, c'est-à-dire lorsqu'il se croyait propriétaire du terrain, le propriétaire, qui exerce contre lui l'action en revendication et qui obtient la restitution de son bien, *ne peut pas le forcer à démolir*. Il est obligé de conserver les constructions, mais naturellement il ne les garde pas gratuitement ; il doit indemniser le constructeur.

L'indemnité à payer est calculée, *au choix du propriétaire*, soit *d'après la dépense faite*, ce qui comprend la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, soit d'*après la plus-value acquise par le fonds*. Cette plus-value s'apprécie au jour où se fait la restitution de l'immeuble, et non au jour où les constructions ont été élevées. Il y a toujours une différence entre la plus-value obtenue et la dépense faite, de sorte que le propriétaire, ayant le choix, remboursera toujours la plus faible des deux sommes. Cette option laissée au propriétaire se justifie par l'idée que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Lorsque la plus-value est inférieure à la dépense, le constructeur n'est pas entièrement indemnisé ; il se trouve en perte, puisqu'il a dépensé plus qu'on ne lui rend, mais il ne peut rien réclamer de plus au propriétaire qui lui tient compte de toute la valeur qu'il reprend : le propriétaire ne s'enrichit donc pas. Au contraire, lorsque la plus-value est supérieure à la dépense, le propriétaire réalise un gain, car il reçoit plus qu'il ne donne ; mais il ne s'enrichit pas aux dépens du constructeur, puisque celui-ci rentre dans tous ses déboursés, et que les constructions qu'il restitue ne lui ont jamais appartenu ; le possesseur n'a donc pas à se plaindre, ne subissant aucune perte réelle.

2° Du possesseur de mauvaise foi.

****2727. Droit du propriétaire d'exiger la démolition.** — Lorsque le constructeur a été de mauvaise foi, la loi le traite plus durement. Le propriétaire a le droit de le forcer à *démolir* et à *remettre les lieux en leur état primitif*, droit qu'il n'a jamais contre un possesseur de bonne foi. La démolition se fait aux frais du constructeur, qui peut en outre être condamné à des *dommages et intérêts* envers le propriétaire, par exemple si la reprise de possession de l'immeuble se trouve retardée par les travaux de démolition.

****2728. Règlement de l'indemnité en cas de maintien des constructions.** —

Si le propriétaire n'use pas de son droit et préfère garder les constructions, il le peut, à la charge de payer une indemnité au constructeur ; seulement *cette indemnité n'est pas réglée de la même manière que celle qui serait due à un possesseur de bonne foi.* La loi oblige le propriétaire à payer au constructeur la dépense entière, « sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir » (art. 555, al. 3).

Il en résulte une conséquence fort extraordinaire, c'est que le possesseur de mauvaise foi est mieux traité que le possesseur de bonne foi, au moins dans le cas où le propriétaire consent à garder les constructions, puisqu'il obtient alors le remboursement de la totalité des dépenses, tandis qu'un possesseur de bonne foi devra souvent se contenter d'une somme inférieure. Cette bizarrerie tient à la façon dont l'art. 555 a été rédigé. Dans le projet de Code le texte ne faisait aucune distinction entre les diverses espèces de possesseurs : il donnait dans tous les cas au propriétaire le droit de forcer le tiers à enlever ses plantations, constructions ou autres ouvrages, et dans tous les cas aussi il réglait l'indemnité au montant de la dépense lorsque le propriétaire les conservait. Le Tribunat fit observer que l'obligation de démolir était trop rigoureuse pour le possesseur de bonne foi, auquel le propriétaire n'avait même pas le droit de réclamer les fruits perçus. La critique parut juste, et pour lui donner satisfaction on ajouta à l'article la phrase qui le termine aujourd'hui : « Néanmoins si les plantations... », et qui règle la situation du possesseur de bonne foi. On ne remarqua pas alors le défaut de concordance entre les deux modes adoptés pour le règlement de l'indemnité. Ainsi s'explique en outre l'allure singulière de cet article qui débute en termes généraux, sans annoncer la distinction qu'il contient, et qui paraît accorder toujours au propriétaire le droit de faire démolir, tandis que les dernières lignes viennent modifier considérablement sa disposition.

***2729. Moyens pratiques d'éluder la loi.** — Les interprètes, qui veulent tout justifier et qui partent trop souvent de l'idée que le législateur est infaillible, n'ont pas manqué de trouver des « conciliations ». Les uns ont dit que, placé en face d'un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire aurait le droit de lui offrir seulement la plus-value, lorsqu'elle serait inférieure à la dépense, et ils lui ont prêté le raisonnement que voici : « Je vous traite comme un possesseur de bonne foi, et vous ne pouvez pas exciper de votre mauvaise foi pour améliorer votre situation : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » — C'est détourner de son sens ce brocard qui suppose un fait délictueux ou immoral. Ici le possesseur n'a commis aucun délit, et sa prétention est parfaitement fondée, puisque la loi elle-même a réglé l'étendue de ses droits.

D'autres ont dit, et ceci est plus sérieux, que le propriétaire a un moyen bien simple de se dispenser du remboursement total des dépenses : c'est de dire au constructeur : « Si vous ne vous contentez pas de ce que je vous offre, j'exigerai la démolition. » Devant cette menace, le constructeur sera bien forcé d'accepter la somme qu'on lui propose, si faible qu'elle soit. Seulement ce moyen n'est qu'une finesse de praticien, et la possibilité d'obtenir par cette voie une diminution de l'indemnité ne justifie pas le système de l'art. 555 et n'en efface pas l'incohérence.

2730. Difficulté pratique pour le paiement de l'indemnité. — Parfois le propriétaire ne pourra pas payer l'indemnité due au possesseur : c'est peut-être un paysan, qui était propriétaire d'un terrain sur lequel on a bâti un château. Il n'a pas à sa disposition les fonds nécessaires. Pothier avait proposé une solution raisonnable, qui consistait à fixer l'indemnité sous la forme d'une *rente perpétuelle* ; le propriétaire pouvait facilement pourvoir au service de la rente par le profit qu'il retirait de sa propriété ainsi augmentée. Mais la transformation économique et juridique, qui a fait disparaître l'usage des rentes foncières, a rendu ce moyen impraticable. D'après les principes du droit moderne, le constructeur a droit à une *indemnité en capital*, et nul ne peut le forcer à accepter une autre forme de remboursement. Si le propriétaire n'a pas de quoi payer, il ne lui reste qu'à vendre ; et s'il

ne procède pas volontairement à la vente, le constructeur, qui est son créancier, a le droit de saisir et de faire vendre l'immeuble aux enchères, pour se payer sur le prix.

2731. Droit de rétention du constructeur. — Le constructeur ne jouit d'aucun *privilège* sur les constructions qu'il a faites, qui puisse en assurer le remboursement. On se demande même s'il a le *droit de rétention*, c'est-à-dire s'il peut refuser de restituer l'immeuble tant que le propriétaire ne lui verse pas l'indemnité à laquelle il a droit. En refusant de se dessaisir, il forcerait le revendiquant à le payer. La question est controversée ; elle sera examinée dans le tome II.

3° Champ d'application de l'art. 555.

a. — *Travaux régis par l'art.* 555.

2732. Constructions. — Par « constructions » il faut entendre des *constructions neuves* élevées sur un terrain non bâti, ou tout au moins des additions à des constructions déjà existantes, et non de *simples améliorations* ou *réparations* dans des constructions anciennes. La loi règle en effet un cas d'accession, c'est-à-dire *l'acquisition d'une chose nouvelle* par le propriétaire du sol. L'hypothèse des réparations ou améliorations n'est pas entrée dans ses prévisions, et comme elle n'est réglée par aucun autre texte, elle est restée entièrement sous l'empire des principes généraux et des traditions ; elle forme un chapitre particulier de la théorie de la revendication. Les auteurs ont déterminé les règles applicables à ce genre de travaux, notamment MM. Aubry et Rau (t. II, § 219, p. 390), à l'aide de la distinction romaine qui rangeait les impenses en trois classes : *nécessaires*, *utiles et voluptuaires* (voyez ci-dessus, n° 2457). Les règles relatives à la restitution des impenses diffèrent de celles qui gouvernent l'indemnité due à raison d'une construction, principalement en ce qu'on ne fait pour les impenses *aucune différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi* (Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 36). Comp. art. 1381.

2733. Plantations. — On doit considérer comme étant en dehors de l'art. 555 les plantations d'arbres qui ne sont que *l'entretien de plantations déjà existantes.* Par exemple le remplacement des arbres morts dans un jardin, dans une avenue, ou dans les haies qui en sont garnies, selon l'habitude de l'ouest de la France.

2734. Autres ouvrages. — En parlant, dans l'art. 555, d'*ouvrages* qui ne sont ni des plantations ni des constructions, le législateur paraît avoir eu en vue uniquement la pose de certains *objets susceptibles d'enlèvement*, comme une pompe, un réservoir métallique, etc., de telle sorte que le possesseur puisse, en rétablissant les lieux dans leur état primitif, reprendre les matériaux qu'il avait employés. Le texte suppose, en effet, que le possesseur peut être obligé par le propriétaire à les *enlever* (al. 1er). Par suite, les *travaux agricoles* de desséchement, de défrichement, de drainage, et autres analogues, ne rentrent pas dans la catégorie des « ouvrages » régis par le texte. Ce sont en effet de simples *améliorations* du fonds, et leur auteur n'a point créé par là une chose nouvelle qui puisse être l'objet d'une *accession* au profit du propriétaire du sol.

***2735. Constructions empiétant sur le terrain voisin.** — Voici une hypothèse qui aurait mérité une réglementation spéciale, car elle est de nature à se présenter assez souvent et elle ne rentre pas directement dans les prévisions de la loi. C'est celle où un propriétaire, en élevant un bâtiment sur son terrain, empiète légèrement sur le terrain voisin.

Le voisin du constructeur acquiert par droit d'accession toute la portion de la maison qui s'élève au-dessus de son terrain ; ce n'est quelquefois que la demi-épaisseur d'un mur, et sur une partie seulement de sa longueur. Mais peu importe l'étendue de l'empiétement : voilà le voisin devenu propriétaire pour partie de la maison neuve. Comment régler cette situation? Aucun d'eux ne peut demander le partage, car il n'y a pas indivision ; chacun est propriétaire d'une part distincte dans la maison. On ne peut pas non plus forcer le constructeur à démolir, car presque toujours ces empiétements sont commis de bonne foi, ou du moins la mauvaise foi est difficile à établir, parce que les titres présentent ordinairement sur ces questions de limites beaucoup d'obscurités et d'incertitudes. De son côté, le constructeur n'a pas le droit d'exproprier son voisin d'une parcelle de terrain, si minime qu'elle soit, et de le contraindre à se contenter d'une somme d'argent. Les magistrats paraissent avoir été assez perplexes devant les situations de ce genre et avoir surtout décidé d'après les circonstances. Voyez les divers arrêts analysés par Demolombe (t. IV, nº 691 *ter*), entre autres Cass., 23 mars 1825, S. 25. 1. 249. La démolition est rarement ordonnée (Cass., 22 avril 1823, D. 23. 1. 205, S. 23. 1. 381). Comparez pour de simples murs de clôture, Cass., 26 juillet 1841, D. 41. 1. 306, S. 41. 1. 837. Voyez aussi Cass., 20 nov. 1912, P. et S. 1913. 1. 198.

b. — *Personnes régies par l'art.* 555.

2736. Difficulté de la question. — La détermination des personnes auxquelles s'appliquent les dispositions de l'art. 555 n'est pas encore établie d'une manière bien sûre sur tous les points, la loi n'ayant rien dit. La doctrine paraît croire en général que cet article a été écrit seulement pour régler les rapports du *propriétaire* exerçant la *revendication* avec le *tiers évincé* par lui ; dans cette opinion, on devrait restreindre son application à la matière des *actions réelles*, et l'écarter toutes les fois qu'il existe entre les parties un *rapport d'obligation*. Ce n'est pas l'interprétation qui a prévalu devant les tribunaux. La jurisprudence a remarqué que toute la première partie de l'art. 555 est conçue en termes généraux et comprend tous ceux qui, n'étant pas propriétaires du fonds, y ont fait des constructions ou plantations. Seule la fin du texte, formée par la phrase additionnelle qu'on ajouta au dernier moment (voyez ci-dessus, nº 2728), vise uniquement le « tiers évincé » dans une action en revendication, c'est-à-dire quelqu'un qui possédait à titre de propriétaire. Par suite l'article est applicable, non seulement aux *possesseurs* proprement dits, mais aussi aux simples *détenteurs précaires*, tels que les *locataires*, *fermiers* et *emphytéotes* (1). Pour l'*usufruitier*, il y a une difficulté spéciale à cause de l'art. 599 relatif aux améliorations (voyez ci-dessous, nº 2870).

***2737. Des constructions faites par un propriétaire.** — Si général que soit l'art. 555, il y a cependant une condition à remplir pour s'y trouver soumis : la loi suppose que les travaux ont été faits *par un tiers*, c'est-à-dire par quelqu'un qui n'était pas propriétaire au moment où il a construit ou planté. Or il arrive assez souvent que le fonds a reçu des constructions ou plantations faites par quelqu'un qui en était à ce moment *propriétaire* et qui a ensuite *perdu la propriété*. L'art. 555 cesse alors d'être applicable (2).

Ceci se présente d'abord pour les *propriétaires sous condition résolutoire*. Tels sont le *donataire* d'immeuble, obligé au rapport comme ayant succédé au donateur (art. 843 et 859), et l'*acheteur à réméré* (art. 1659). Ceux-là sont soumis à des règles spéciales. La loi ne leur donne le droit de réclamer leurs impenses que jusqu'à concurrence de la plus-value produite et ne les met jamais dans l'obligation de démolir. Il en est de même de l'*acheteur d'un immeuble hypothéqué*, qui se le voit enlever par les poursuites des créanciers hypothécaires (art. 2175).

(1) La dissidence entre la doctrine et la jurisprudence disparaît pratiquement, parce que la plupart des auteurs, après avoir décidé que la loi en parlant de « tiers » entend uniquement le possesseur évincé par une action réelle, appliquent ensuite par analogie la disposition principale de l'art. 555 à ceux qui sont tenus envers le propriétaire par un rapport obligatoire dérivant d'un bail (Colmet de Santerre, t. II, nº 392 *bis* II).

(2) Pour les congrégations dissoutes, voyez Poitiers, 15 févr. 1905, D. 1906. 2. 155.

L'art. 555 ne concerne pas davantage les *copropriétaires par indivis* tels que les cohéritiers, associés et autres communistes, qui construisent pendant l'indivision, et voient ensuite tomber leurs constructions dans le lot d'un autre (Cass., 20 déc. 1910, D. 1911. 1. 377, P. et S. 1912. 1. 305, et les notes).

Notons surtout que le droit d'exiger l'enlèvement, qui est extrêmement dur, n'existe pas en général contre les personnes qui ont construit étant propriétaires, et que la démolition des travaux et la remise de l'immeuble dans l'état antérieur ne pourraient être ordonnées qu'à raison de circonstances exceptionnelles et à titre de dommages-intérêts. C'est ainsi que la jurisprudence a admis que l'acheteur *d'un immeuble*, contre qui la *résolution* de la vente est demandée pour inexécution des conditions, peut être considéré comme un possesseur de mauvaise foi, dans le sens de l'art. 555, lorsqu'il élève des constructions après le commencement de l'instance (Cass., 8 mars 1886, D. 87. 1. 298). Comp. trib. Seine, 26 déc. 1904, D. 1906. 2. 167.

2738. Cas du domanier. — Une loi récente a institué une règle à part pour le domanier, dans la tenue bretonne appelée « domaine congéable » (L. 8 février 1897, art. 4). Ce texte prévoit le cas où le domanier a élevé des édifices ou superfices en dehors des titres et conventions. En principe, il n'a pas le droit de se les faire rembourser à sa sortie par le propriétaire ou foncier ; la loi lui accorde une *option* : il peut ou les enlever ou les abandonner, sans indemnité de part ni d'autre. De son côté le foncier a le droit de les *retenir*, c'est-à-dire de forcer le domanier à les laisser, mais à la condition de payer le prix des matériaux et de la main-d'œuvre. On n'a pas voulu traiter le domanier comme un possesseur de mauvaise foi, car il possède en vertu d'un titre régulier et il a seulement excédé les limites qui lui avaient été tracées. Mais la différence entre le régime spécial qu'on lui applique et le droit commun de l'art. 555 est assez mince : elle consiste en ce que le foncier ne peut pas l'obliger à démolir à ses frais (1).

Section II. — Accession au profit d'un meuble.

2739. Son peu d'importance actuelle. — Ce genre d'accession avait une très grande importance en droit romain, et il a beaucoup préoccupé les jurisconsultes de l'antiquité. Il n'a presque plus d'intérêt en droit français, à raison de la maxime « En fait de meubles possession vaut titre », qui s'oppose presque toujours à la revendication des meubles. La plupart du temps celui qui possède un meuble n'en peut pas être évincé, même par le propriétaire de ce meuble, de sorte que la question de propriété se trouve tranchée par l'effet de la possession, indépendamment des règles sur l'accession. Voyez cependant Montpellier, 23 avril 1844, D. 45. 2. 91, S. 45. 2. 301.

Cependant le Code civil s'est expliqué longuement sur cette matière, à laquelle il a consacré treize articles (art. 565 à 577). Ce développement extraordinaire des règles sur l'accession mobilière est de tradition en France ; on répète indéfiniment les règles anciennes et les juristes s'arrêtent avec complaisance sur ces hypothèses, souvent épineuses et futiles, comme sur un thème propre à exercer leur sagacité. Leur intérêt pratique étant à peu près nul, il suffira de renvoyer aux textes. J'ajouterai cependant que les rédacteurs du Code, qui ont cru reproduire les règles romaines, s'en sont plus d'une fois écartés sans le savoir, car à l'époque où ils écrivaient, le droit romain était encore mal connu. La découverte du manuscrit de Gaïus par Niebuhr à Vérone, en 1816, est venue jeter un jour tout nouveau sur ce chapitre.

(1) « En fait, disent MM. Pinchon et Gourville, le domanier préférera vendre ses superfices pour un prix inférieur à ce qu'ils lui ont coûté, plutôt que d'exercer la seule option que la loi nouvelle lui reconnaisse ; enlever ses superfices ou les abandonner gratuitement au foncier » (*Commentaire de la loi du 8 février* 1897, n° 120). Par là la ressemblance du domanier et du possesseur de mauvaise foi se complète encore ; voyez ce qui est dit de ce dernier au n° 2729, ci-dessus.

CHAPITRE VI

MODES DIVERS

L'adjudication.

***2740. Cas d'application.** — La propriété peut passer d'une personne à une autre par un acte spécial de l'autorité publique. Ordinairement c'est *l'autorité judiciaire*, représentée par les tribunaux civils, qui procède à cet acte, et elle le fait de deux façons : dans les *jugements d'adjudication sur saisie* (art. 2204 et suiv.), et dans *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, où l'expropriation résulte (depuis 1810) d'un jugement du tribunal civil. La *mise à l'alignement* nous fournit une variété d'expropriation, dans laquelle l'acquisition de la propriété pour la partie expropriante résulte d'un *acte administratif*.

Ce que l'on entend en droit français moderne par « adjudication » n'a rien de commun, si ce n'est le nom, avec l'ancienne « adjudicatio » romaine qui permettait au juge, *dans les actions divisoires et en bornage*, d'attribuer à l'une des parties ce qui était la propriété de l'autre.

***2741. Règles spéciales sur l'acquisition de la propriété par expropriation.** — Les particuliers sont expropriés au profit de l'État, d'un département, d'une commune, etc... Le déplacement de la propriété qui s'opère alors est soumis à un régime spécial, qui résulte de la loi du 3 mai 1841. La transcription n'est pas nécessaire pour le consommer, parce que la loi sur l'expropriation a été faite à un moment où la propriété se transférait à l'égard des tiers sans transcription ; et cependant le jugement d'expropriation doit être *transcrit* (Loi de 1841, art. 16) ; mais cette transcription sert seulement à faire courir le délai de quinzaine accordé aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble exproprié pour prendre inscription : c'est une application particulière du système établi par les art. 834-835 C. proc. civ. (ci-dessus, nº 2610), et cette application a survécu à l'abrogation de ces articles. L'autorité expropriante n'a donc pas besoin de transcrire pour acquérir la propriété, et d'autre part, les tiers qui ont des droits réels sur l'immeuble n'ont pas besoin d'avoir transcrit leurs titres pour conserver leur droit à indemnité ; cette formalité serait tout à la fois *inutile* et *insuffisante*. La loi de 1841 a organisé un autre système : les personnes qui ont des droits sur l'immeuble et qui veulent obtenir une indemnité, doivent notifier leurs titres à l'administration dans certains délais déterminés par la loi (art. 21). En d'autres termes, l'expropriation d'un particulier constitue une manière d'acquérir régie par une législation spéciale et étrangère aux principes de la transcription, tels que les a formulés la loi du 23 mars 1855, bien que la formalité de la transcription soit ordonnée par la loi de 1841 ; la transcription qui se fait en matière d'expropriation représente un débris du système français antérieur à 1856.

Le testament.

2742. Son caractère propre. — Le testament est, pour les particuliers, une manière toute spéciale de disposer de leurs biens au moyen de libéralités appelées *legs*. Un legs n'est pas une convention, puisque le testament est l'œuvre d'une volonté unique, celle du testateur, et que le transfert de propriété qui en résulte, au lieu de se faire entre vifs, comme dans les conventions de vente, d'échange, de donation, etc., se réalise seulement par le décès de l'aliénateur et la survie de l'acquéreur. Néanmoins il y a dans le legs quelque chose qui ressemble à une convention, car la libéralité testamentaire ne produit jamais d'effet qu'à la condition d'être agréée par son bénéficiaire. C'est une *offre* faite par le défunt ; il faut qu'elle soit *acceptée*. Il y a donc là quelque chose comme un accord de volontés qui se produit par delà la mort ; les deux volontés ne sont pas coexistantes et contemporaines comme elles le sont nécessairement dans la convention.

La loi.

***2743. Définition et exemples.** — On considère la propriété comme dévolue en vertu de la loi toutes les fois que son acquisition ne peut se rattacher à aucun des procédés qui ont été érigés en manières d'acquérir distinctes.

Comme exemples principaux on peut citer :

1° La succession *ab intestat.* Voyez l'observation ci-dessous.

2° L'art. 2279. C'est la loi qui donne la propriété du meuble corporel à celui qui en est possesseur quand la mauvaise foi n'est pas prouvée.

3° L'art. 227, pour les fruits attribués aux envoyés en possession provisoire.

4° L'art. 673, pour les fruits tombés d'un arbre sur la propriété voisine.

Observation. — La succession, dans le langage moderne, est la transmission qui s'opère à la mort d'une personne. La *transmission par décès* a lieu tantôt en vertu de la loi (*successions ab intestat*), tantôt en vertu de la volonté du défunt manifestée par un *testament* (*legs*, ci-dessus, n° 2742). La matière des successions, tant ab intestat que testamentaires, une des plus longues et des plus importantes du droit civil, ne peut être bien comprise que quand on a vu tout le reste, puisqu'elle met en jeu toutes les autres matières. Une des innovations les plus heureuses du programme de 1895 est d'avoir rejeté l'étude des successions en troisième année.

La tradition.

***2744. Son rôle dans le droit français.** — La tradition n'est pas entièrement supprimée comme mode d'acquérir, malgré le principe moderne qui fait résulter le transfert de la propriété de la simple conclusion du contrat. Cependant on lui attribue d'ordinaire plus d'effets qu'elle n'en a. On croit lui trouver encore trois applications possibles :

1° Lorsque l'obligation de donner a pour objet un *genre*, c'est-à-dire une chose qui n'est pas spécialement déterminée ;

2° Lorsqu'il y a *tradition* d'un objet mobilier par quelqu'un qui n'en est *pas propriétaire* ;

3° Lorsqu'il y a *don manuel*, c'est-à-dire remise d'un objet mobilier à titre de don, de la main à la main.

Il faut écarter résolument les deux premiers exemples.

Dans le premier cas, ce qui empêche la propriété d'être transférée immédiatement, c'est uniquement *l'indétermination de la chose.* De droit commun, si le contrat a pour effet de transférer la propriété, c'est que la chose est déterminée au moment où il est conclu ; si elle ne l'est pas encore, il faut qu'elle le soit plus tard, par un procédé quelconque, mesurage, apposition d'une marque, etc., peu importe ; l'acheteur devient propriétaire, dès que la chose est individuellement connue, et il le devient par l'effet de la détermination qui en est faite ; la tradition est inutile et n'intervient que comme *livraison* de la chose aliénée.

Dans le second cas, la tradition serait tout aussi impuissante que la convention elle-même à transférer la propriété : « Nemo dat quod non habet ». C'est la loi qui attache au fait de la possession une présomption irréfragable de propriété, sans rechercher si cette possession a pour origine une tradition ou quelque autre manière d'acquérir.

La tradition serait donc parfaitement inutile comme mode de transfert de la propriété, s'il n'y avait que ces deux cas ; son rôle lui aurait été pris tout entier par le principe moderne de la transmission par simple consentement. Le seul emploi qui lui reste est le dernier exemple, le don manuel. C'est bien elle qui transfère la propriété, puisque la simple convention, la promesse de donner, étant dépourvue de solennité, est elle-même impuissante à produire ce résultat et que le donataire ne devient propriétaire que quand il a reçu la tradition de la chose. De l'aveu général, la tradition n'est pas ici la simple exécution d'une convention antérieure, elle est l'élément constitutif du contrat, c'est elle qui vaut aliénation.

LES DÉMEMBREMENTS DE LA PROPRIÉTÉ

I. — *Usufruit et usage.*

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

****2745. Distinction du droit réel et du droit personnel de jouissance.** — Une personne peut avoir la *jouissance* d'une chose dont une autre a la *propriété*. Cette jouissance se présente sous deux formes différentes : tantôt comme simple créance, tantôt comme droit réel. Ainsi l'*emprunteur* dans le prêt à usage, le *locataire* d'une maison, le *fermier* d'une terre, n'ont aucun droit réel sur la chose qui leur est confiée ; ils n'en sont que détenteurs : leur droit de jouissance n'existe que *sous la forme d'une créance*, qu'ils ont contre leur prêteur ou bailleur, qui est leur débiteur, tenu de leur procurer sa chose et de leur permettre de s'en servir. Mais la jouissance d'une chose peut aussi appartenir à quelqu'un *à titre de droit réel*. C'est ce qui a lieu dans l'*usufruit* et dans l'*usage*. On dit alors que la propriété est *démembrée*, et le droit mutilé qui reste au propriétaire, étant séparé de la jouissance et comme dépouillé, s'appelle *nue propriété*. Les droits de jouissance qui constituent des droits réels vont seuls nous occuper ; les autres rentrent dans la théorie des contrats.

Observation. — Le Code a distingué trois droits réels de jouissance sur la chose d'autrui : l'*usufruit*, l'*usage* et l'*habitation*. Le premier seul a de l'importance ; après l'avoir étudié, il suffira de quelques lignes pour les deux autres.

****2746. Sens des mots « servitudes personnelles ».** — L'usufruit, l'usage et l'habitation portaient dans notre ancien droit le nom collectif de « servitudes personnelles ». Cette qualification venait du droit romain : en latin le mot « servitus » s'employait pour désigner toutes les restrictions imposées au propriétaire dans l'intérêt d'autrui ; pour distinguer entre eux les droits très disparates compris sous cette dénomination commune, les jurisconsultes furent amenés à distinguer les « servitutes personarum » comprenant les droits de jouissance analogues à l'usufruit, et les « servitutes prædiorum », qui sont les servitudes proprement dites. De l'expression *servitutes personarum*, nous avons fait *servitudes personnelles*.

Les auteurs du Code se sont abstenus de se servir de ce nom, qui rappelait trop la *féodalité* et les servitudes de toute sorte qui avaient jadis pesé sur les personnes ; mais ils ont vérita-

blement eu peur d'un mot, car il n'y avait rien de commun entre l'ancien servage et un droit aussi inoffensif que l'usufruit. Aussi l'appellation qu'ils avaient proscrite par prétérition a reparu dans la pratique, et elle est fréquemment employée. *Elle a cependant un autre inconvénient*, qui devrait la faire abandonner : elle est de nature à faire croire que les droits de jouissance ainsi qualifiés ne sont pas des droits réels, ce qui serait une erreur grossière. Si on qualifie l'usufruit de « servitude personnelle », c'est uniquement pour rappeler qu'il est établi au profit d'une personne, à laquelle il ne peut pas survivre ; en d'autres termes, qu'il est *viager*. Mais cela n'empêche pas la réalité du droit ; il y a des droits réels temporaires. On remarque du reste, dans l'usage le plus récent, une tendance à réserver le nom de « servitude » aux servitudes proprement dites, et à appeler par leurs noms particuliers l'usufruit, l'usage et l'habitation.

CHAPITRE PREMIER

DE L'USUFRUIT

****2747. Définition.** — Le Code définit l'usufruit : « le droit de jouir des « choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, « mais à la charge d'en conserver la substance » (art. 578). Cette définition a deux défauts. 1° Elle est *incomplète*, car la loi oublie de dire que la jouissance de l'usufruitier est essentiellement *viagère* et qu'elle s'exerce *à titre de droit réel*. Ce sont là pourtant deux des caractères spécifiques de l'usufruit ; le premier le distingue du droit de jouissance qui appartient à l'emphytéote, le second le distingue du droit de jouissance qui appartient au locataire ou au fermier. 2° Elle est *obscure*. Les deux derniers membres de phrase ne se comprennent pas d'eux-mêmes : ils ont besoin d'être expliqués, et ils ne peuvent l'être qu'à la condition d'entrer dans le détail des droits et des obligations de l'usufruitier. Ce sont des points qui ne doivent pas figurer dans une définition. Remplaçons donc la définition du Code par celle-ci : *L'usufruit est un droit réel de jouissance sur une chose appartenant à autrui et qui s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier.*

****2748. Choses suceptibles d'usufruit.** — L'usufruit peut être établi sur *toute espèce de biens*, *meubles ou immeubles*, dit l'art. 581. Il ne porte donc pas seulement sur les choses corporelles ; ses applications ont reçu la même extension que celles de la propriété. Ainsi il peut porter sur les *droits d'auteur*, sur un *fonds de commerce*, sur des *créances*, sur des *valeurs mobilières*. Il arrive fréquemment que des rentes sur l'État, des obligations provenant d'emprunts faits par les villes, des actions ou des obligations de chemin de fer ou d'autres compagnies, sont compris dans un usufruit : on les immatricule ordinairement au nom du propriétaire pour le capital, au nom de l'usufruitier pour la jouissance.

Quoi qu'en dise l'art. 581, l'usufruit ne peut pas être établi indistincte-

ment sur toute espèce de biens. Il y a des choses qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'usufruit, et en voici la raison. L'usufruit ne confère qu'un droit limité ; l'usufruitier peut seulement *se servir de la chose* ; il n'a pas le droit de la *consommer* ni de l'*aliéner*. Or il y a des choses qui ne servent à rien à celui qui n'a pas le droit de les consommer ; ce sont tous les objets dits « de consommation », vin, huile, charbon, denrées alimentaires, etc. Il en est d'autres qui ne servent à rien si on n'a pas le droit de les *aliéner* ; ce sont les pièces de monnaie, les billets de banque, etc. Ces sortes de choses s'appellent *choses consomptibles par le premier usage* (ci-dessus, nº 2179). Pour elles le « jus utendi » n'est rien sans le « jus abutendi », puisque la consommation est le seul usage qu'on en puisse faire. Or le « jus abutendi » est refusé à l'usufruitier. Les jurisconsultes romains en avaient très logiquement conclu que, lorsqu'une personne léguait l'usufruit de l'ensemble de ses biens, l'usufruitier n'avait aucun droit sur les choses consomptibles : « Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usum fructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere : usus enim, non abusus legatus est » (Cicéron, *Topiques*, III, 47).

***2749. Introduction du quasi-usufruit.** — Le droit romain n'en resta pas là. Dans les premiers temps de l'Empire, un sénatus-consulte, dont nous ignorons la date, vint décider que l'on pourrait léguer l'usufruit de toutes sortes de choses. « Senatus censuit ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit » (Ulpien, *Dig.*, liv. VII, titr. 5, fr. 1). Sur quoi Gaïus fait la remarque suivante : « Quo senatus consulto non id effectus est ut usus fructus proprie esset, nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, sed remedio introducto cœpit quasi usus fructus haberi » (*Dig.*, liv. VII, tit. 5, fr. 2, § 1). Ce n'est en effet qu'à l'aide d'un détour (remedio) qu'on a pu comprendre ces choses dans le legs d'usufruit ; le droit qu'on donne sur elles à l'usufruitier n'est pas un véritable usufruit : on l'appelle *quasi-usufruit*, et la situation qui est faite ainsi à l'usufruitier sera expliquée plus loin à propos de ses droits (nº 2777) et de son obligation de restituer (nº 2864).

En fait, le quasi-usufruit ne se rencontre *jamais à l'état isolé*. Il est toujours l'accessoire d'un usufruit plus étendu, établi à titre universel sur un ensemble de biens.

***2750. Distinction des usufruits d'après l'étendue de leur objet.** — L'usufruit peut porter sur un ou plusieurs objets individuellement déterminés : un bien rural, une maison avec son mobilier, etc. En ce cas il est dit usufruit *à titre particulier*. Il peut aussi s'établir avec un caractère de généralité sur la totalité ou sur une fraction d'un patrimoine. Il est dit alors *usufruit universel* (1). La création d'un usufruit universel n'est pas nécessairement le résultat d'un legs ; les usufruits légaux sont aussi universels.

(1) La loi fait une sous-distinction entre les *legs universels*, qui donnent droit à la *totalité* du patrimoine, et les legs *à titre universel*, qui donnent droit seulement à une *fraction*. Voyez les définitions de ces expressions dans les art. 1003 et 1010. Cette distinction est appliquée aux legs d'usufruit, comme aux autres. Voyez l'art. 612. Elle donne lieu à des difficultés qui ne peuvent être comprises qu'avec la théorie des testaments ; nous les négligerons pour le moment et nous réunirons provisoirement tous les usufruits dont le titre n'est pas particulier sous la dénomination d'*usufruits universels*.

La distinction entre les deux espèces d'usufruitiers, d'après l'étendue de leur titre, offre de l'intérêt pour le *paiement des dettes*, lorsque l'usufruit est établi sur la succession d'une personne décédée. Le légataire d'usufruit à titre particulier n'est jamais tenu des dettes du défunt ; tandis que le légataire d'usufruit dont le titre est universel y contribue dans une mesure qui sera indiquée plus loin. C'est la distinction habituelle entre les *ayants cause particuliers* et les *ayants cause universels* (ci-dessus, nos 303 et 304), et c'est pour faire à ces deux catégories d'usufruitiers l'application des principes généraux qu'ont été écrits les art. 611 et 612, le premier dispensant le légataire particulier de la charge des dettes, le second y faisant contribuer le légataire à titre universel. Comp. Dramard, *Revue critique*, 1898.

§ 1. — *Modes d'établissement de l'usufruit.*

2751. Énumération de ses modes de constitution. — Le Code français (art. 579) réduit à deux les causes pouvant créer l'usufruit : la *loi* et la *volonté de l'homme*. En réalité il y en a quatre. La volonté de l'homme peut se manifester soit sous la forme d'un *contrat*, soit sous la forme d'un *testament*, ce qui fait déjà trois modes distincts ; enfin l'art. 579 a omis la *prescription acquisitive*, qui est la quatrième.

A. — Constitution de l'usufruit par contrat.

***2752. Distinction à faire.** — La création d'un usufruit par contrat peut se faire de deux manières différentes : par *voie d'aliénation*, par *voie de rétention*. Au premier cas, l'usufruit fait directement l'objet du contrat ; il est créé au profit d'une personne *qui n'avait pas auparavant la jouissance de la chose*. Au second cas, la constitution d'un usufruit n'est que le résultat indirect du contrat : le propriétaire aliène la nue propriété de sa chose, en s'en réservant l'usufruit. La jouissance de la chose ne se déplace pas : elle reste à la personne qui l'avait auparavant ; seulement cette personne l'exerce désormais *à titre d'usufruitier* et non plus à titre de propriétaire. En pareil cas l'usufruit n'est pas transféré ; cependant le contrat a bien réellement *créé l'usufruit en l'isolant de la propriété*.

***2753. Création par voie de rétention.** — Seuls, les contrats qui transfèrent la propriété peuvent servir à la création d'un usufruit par voie de rétention : au lieu d'être employés pour aliéner la pleine propriété, on s'en sert alors pour aliéner la nue propriété.

2754. Création par voie de constitution directe. — Ces mêmes contrats peuvent servir à créer l'usufruit par voie directe. Les principaux sont la *vente*, l'*échange* et la *donation* ; il faut y ajouter le *partage*.

Vente et échange. — Un propriétaire, qui pourrait vendre la pleine propriété de sa chose, peut aussi en vendre l'usufruit seulement. Mais ce mode de constitution est *peu pratique*, car toute vente suppose un prix, et les parties seraient fort embarrassées pour apprécier la valeur de l'usufruit, valeur qui dépend de la vie de l'usufruitier, dont on ne peut prévoir d'avance la durée.

Donation. — L'obstacle qui rend impraticable la constitution de l'usufruit par vente ne se rencontre pas ici, puisque la donation est une aliénation gratuite, qui ne suppose aucune contre-partie. Néanmoins il est fort rare de voir un donateur établir entre vifs un

droit d'usufruit sur ses biens : quand on fait une donation, on aime à savoir ce qu'on donne, à calculer l'étendue du sacrifice que l'on fait. Aussi ne verrait-on guère d'usufruits établis par donation, s'il n'existait un genre spécial de donation dans lequel la création d'un usufruit offre au contraire de grands avantages : ce sont les *donations entre époux* ou *entre futurs époux* ; elles se font sous la forme de *donations mutuelles*, c'est-à-dire de donations doubles, dont une seule doit produire effet au profit du survivant ; celle qui avait été faite au profit de l'époux qui meurt le premier se trouve caduque par le prédécès du donataire (art. 1094). Ce genre de donations a été pendant longtemps la plus abondante des sources productives d'usufruits ; son importance se trouve sans doute diminuée par la loi du 9 mars 1891, qui accorde de plein droit un usufruit à l'époux survivant ; mais on s'en servira toujours toutes les fois qu'on voudra assurer au conjoint une quotité d'usufruit plus forte que celle que cette loi lui donne.

Partage. — On voit parfois des enfants, partageant avec leurs père, mère et autres ascendants, constituer à ceux-ci au lieu du lot en pleine propriété auquel ils auraient droit, un lot en usufruit d'une composition plus étendue, ce qui est avantageux tout à la fois pour l'ascendant qui obtient un revenu supérieur à celui que lui aurait donné un lotissement en propriété, et pour les enfants qui obtiennent la sécurité, étant propriétaires du total et n'ayant à craindre ni les libéralités ni l'insolvabilité de l'ascendant.

***2755. De la transcription en matière d'usufruit.** — Lorsque l'usufruit est établi *sur des immeubles* et par *acte entre vifs*, il est soumis à la formalité de la *transcription*. Voyez pour le cas de donation le Code civil, art. 939, et pour les constitutions d'usufruit à titre onéreux la loi du 23 mars 1855, art. 1er-1o. Dans ces deux textes l'usufruit n'est pas nommé, mais il y est compris dans la désignation générale des « droits réels susceptibles d'hypothèque ». Parmi les droits qui peuvent être hypothéqués, c'est lui qui vient en première ligne après la propriété (art. 2118-2o).

Le défaut de transcription est sanctionné de la même manière que pour la propriété ; l'usufruitier qui a omis de faire transcrire son titre ne pourra pas opposer son droit aux tiers et sera obligé de supporter les charges réelles établies par son auteur après la constitution de l'usufruit.

Il faut de plus appliquer ici, pour déterminer les personnes munies du droit d'opposer le défaut de transcription, la distinction qui a été faite entre les *donations* et les *aliénations à titre onéreux* pour les transferts de propriété : la liste des « tiers » autorisés à se prévaloir du défaut de publicité n'est pas la même dans les deux cas (ci-dessus, nos 2617-2618 et 2631). Ainsi un droit d'usufruit non transcrit sera opposable aux *créanciers chirographaires*, s'il a été constitué à titre onéreux ; ils pourront au contraire le méconnaître s'il a été *donné*.

B. — Constitution de l'usufruit par testament.

***2756. Son utilité pratique.** — C'est un des modes les plus fréquemment employés ; il est aussi actif que la donation entre époux. L'usufruit constitué par testament fournit un moyen commode de récompenser un vieux serviteur, de venir au secours d'un parent pauvre ou d'un ami : un *legs d'usufruit* lui assure des ressources viagères, sans dépouiller définitivement les héritiers naturels. Cependant le même résultat peut être atteint par un autre moyen, la constitution d'une *rente viagère*. Chacun de ces deux procédés a ses inconvénients et ses avantages propres : l'usufruit permet

de procurer la *jouissance en nature* de certains biens, un logement, un mobilier, etc., auxquels l'usufruitier peut tenir, mais il fait naître souvent des contestations après son extinction, lorsqu'il s'agit de restituer les choses sur lesquelles il portait et qui ont disparu ou sont endommagées. La rente viagère simplifie les rapports entre les parties : tous les mois ou tous les trimestres une somme liquide est due au légataire, et quand il meurt, ses héritiers n'ont aucune restitution à faire. Mais ce procédé l'expose au risque de l'insolvabilité des héritiers chargés du service de la rente, risque qui est supprimé dans l'usufruit.

***2757. Combinaisons possibles.**— Le testament permet au testateur de créer un usufruit de *deux façons différentes* : il peut léguer l'usufruit et laisser la nue propriété dans sa succession ; ou bien léguer la nue propriété et ne laisser à ses héritiers que l'usufruit, ce qui correspond à la distinction déjà signalée pour la création d'usufruit par contrat, entre la constitution directe et la constitution par voie de rétention (n° 2752).

C. — Acquisition de l'usufruit par prescription.

***2758. Comment la prescription peut faire acquérir l'usufruit.** — Pour l'acquisition de la propriété il existe deux espèces d'usucapion ou prescription acquisitive : 1° la prescription de trente ans (art. 2262), qui ne suppose d'autre condition que la possession ; 2° la prescription de dix à vingt ans (art. 2265), établie pour les possesseurs ayant juste titre et bonne foi. On ne peut guère supposer qu'un usurpateur, qui s'empare d'un immeuble sans titre, s'amuserait à en prescrire seulement l'usufruit, quand il lui est possible d'acquérir la pleine propriété par les mêmes faits de possession (1). Mais on comprend très bien qu'une personne qui paraît avoir acquis l'usufruit par contrat ou par testament et qui n'a rien acquis du tout, parce que son titre émane d'un non-propriétaire, arrive à l'acquisition de l'usufruit par l'effet de la prescription, au bout de dix à vingt ans, si elle a été de bonne foi : au bout de trente ans seulement, si elle a connu le défaut de propriété du constituant.

***2759. Difficulté provenant du silence des textes.** — Il y a eu quelques doutes sur l'utilité de la prescription comme manière d'acquérir l'usufruit, parce que le Code n'en a pas parlé. Son silence à cet égard paraissait d'autant plus significatif que, lorsqu'il s'agit de la constitution des servitudes prédiales, la loi mentionne expressément la prescription parmi leurs modes d'établissement (art. 690). N'en fallait-il pas conclure que la prescription avait été rejetée par la loi comme cause d'acquisition de l'usufruit? — Cependant personne aujourd'hui n'hésite plus à admettre la prescription au profit des usufruitiers. Le rôle normal de la prescription est de transformer l'état de fait en état de droit, et de rendre celui qui possède titulaire du droit qu'il exerce. Par sa nature, l'usucapion est applicable aux droits réels autres que la propriété aussi bien qu'à la propriété elle-même. Le Code le suppose dans sa définition de la possession en disant qu'elle est « la détention d'une chose *ou la jouissance d'un droit* ». Pour empêcher l'application de la prescription acquisitive à l'usufruit, il faudrait un texte formel, qui n'existe pas. Le silence du Code ne prouve rien ; il s'explique suffisamment, parce que *la loi n'avait pas à établir de règles spéciales pour la prescription de l'usufruit*, comme il en a fallu pour l'acquisition des servitudes par prescription. *Le droit commun suffit*, et rien ne s'oppose à son application.

2760. Application de l'art. 2279. — La maxime de l'art. 2279 ne profite pas seulement à celui qui croit de bonne foi acquérir la propriété ; elle protège également l'acquisition des autres droits réels. Celui qui possède un meuble à titre d'usufruitier, s'il est de bonne

(1) Les actes qu'un usufruitier peut faire en exerçant son droit (habitation, exploitation, location, perception de fruits, etc.) suffisent parfaitement en eux-mêmes, comme faits de possession, pour faire acquérir la propriété par usucapion. L'intention seule diffère.

foi, c'est-à-dire s'il a cru que l'usufruit lui était consenti par le vrai propriétaire, pourra repousser la réclamation du propriétaire pour conserver son usufruit, en se retranchant derrière la possession qu'il exerce à ce titre.

D. — Cas où l'usufruit est établi par la loi.

2761. Énumération. — Les usufruits légaux sont au nombre de trois : 1° le droit de *jouissance légale*, accordé par l'art. 384 aux père et mère sur les biens de leurs enfants tant que ceux-ci n'ont pas atteint l'âge de 18 ans ; 2° l'usufruit accordé au survivant des père et mère, sur la succession de leurs enfants, quand ce survivant concourt avec des collatéraux de l'autre ligne (art. 754) ; 3° l'usufruit accordé au conjoint survivant par les lois du 14 juillet 1866 et du 9 mars 1891. — Sur le premier cas voyez ci-dessus, n°s 1687 et suivants ; les deux autres font partie des *successions*.

§ 2. — *Entrée de l'usufruitier en jouissance.*

A. — Actions de l'usufruitier.

2762. Existence d'une double action. — Pour se faire mettre en possession, l'usufruitier a deux sortes d'actions, l'une *réelle*, l'autre *personnelle*. La première existe dans tous les cas, la seconde dans certains cas seulement.

Action réelle. — Étant titulaire d'un droit réel, l'usufruitier a une *action réelle* qui lui sert à se faire livrer les choses soumises à son droit par quiconque les possède, que ce soit le constituant, ses héritiers ou un tiers. Cette action, qui est pour l'usufruit ce que la revendication est pour la propriété, s'appelle l'*action confessoire d'usufruit*.

Action personnelle. — Toutes les fois que le droit de l'usufruitier est né d'un contrat ou d'un testament, il possède en outre une *action personnelle en délivrance* contre le constituant ou ses héritiers. Quand l'usufruit a fait l'objet d'une promesse conventionnelle, celui qui l'a créé se trouve personnellement obligé par le contrat à faire délivrance ; le *testament* a, à ce point de vue, pour les héritiers du testateur, la même force obligatoire que le contrat. Cette action manque à l'usufruitier lorsqu'il tient son droit de la loi.

En formant sa demande en délivrance, l'usufruitier ne peut exiger que le nu propriétaire remette les choses en bon état. Il doit les prendre *dans l'état* où elles sont (art. 680). Telle est du moins la règle ; mais rien n'empêche les parties d'y déroger et d'établir sur ce point une obligation spéciale à la charge du nu propriétaire.

B. — Obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance.

2763. Leur nombre et leur objet. — La loi impose à l'usufruitier *deux obligations* particulières qu'il doit remplir avant d'entrer en possession. Il est tenu : 1° de *faire dresser un inventaire du mobilier et un état des immeubles* (art. 600) ; 2° de *donner caution* (art. 601).

1° Rédaction de l'inventaire et de l'état.

***2764. Utilité de ces actes.** — L'inventaire sert à déterminer la *quantité* et la *nature des* choses mobilières sur lesquelles porte l'usufruit. Ces choses peuvent être très nombreuses, quand l'usufruit est établi sur tout un mobilier, sur une galerie de tableaux, une bibliothèque, etc. On se servira de l'inventaire pour déterminer dans la suite la restitution que l'usufruitier ou sa succession devront faire, et les indemnités qu'ils pourront devoir pour les objets disparus ou détériorés. — L'inventaire ne porte que sur les meubles : *on n'inventorie*

pas les immeubles, dont l'existence est connue et prouvée par des titres ; mais on dresse pour ce genre de biens un *état* constatant leur *situation matérielle* au jour de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, ce qui permet de reconnaître, à la cessation de l'usufruit, s'il y a eu dégradation.

2765. Formes et frais. — L'inventaire des meubles et l'état des immeubles doivent être dressés *en présence du propriétaire*, ou lui dûment appelé (art. 600), car il a intérêt à en surveiller la confection pour s'assurer qu'ils sont *fidèles et exacts*. Faute d'avoir pris cette précaution, les actes dressés par l'usufruitier seul ne seraient pas opposables au propriétaire.

Les frais sont à la charge de l'usufruitier, car c'est à lui que la loi impose l'obligation de procéder à cette double formalité. Ces frais sont assez élevés et l'usufruitier est souvent pauvre. Dans la pratique on peut les lui éviter, soit au moyen d'une *dispense d'inventaire*, soit par la rédaction d'*actes sous seings privés*.

De la dispense d'inventaire. — Le *titre constitutif* d'usufruit dispense très fréquemment l'usufruitier de l'obligation de faire dresser l'inventaire et l'état. Cette clause doit s'entendre simplement dans le sens d'une *dispense des frais*, ce qui veut dire que l'héritier qui recueille la nue propriété, peut juger utile à ses intérêts de faire dresser ces actes qui lui serviront de preuves, et qu'il a le droit de les faire, à la condition d'en supporter la dépense. Le constituant n'a pas pu priver son héritier du seul moyen qu'il ait de se ménager une preuve régulière.

De l'inventaire amiable. — A défaut d'une dispense écrite dans son titre, l'usufruitier peut s'entendre avec le nu propriétaire pour rédiger, *à l'amiable et sans frais*, l'inventaire et l'état. Tout le monde lui concède cette facilité quand les deux parties sont majeures et capables ; mais s'il y a parmi elles un *mineur* ou un *interdit*, on décide en général que les actes doivent être rédigés dans la *forme notariée*. On ne dit pas sur quoi on fonde cette exigence qui paraît une simple tradition. La confection des inventaires rentre dans les occupations les plus usuelles des notaires, et quand la loi parle d'actes de ce genre, elle entend en général parler d'inventaires notariés. En tout cas la constatation de l'état des immeubles semble plutôt demander la compétence d'un architecte ou d'un agriculteur, selon leur nature.

***2766. Sanction du défaut d'inventaire.** — Le défaut d'inventaire n'entraîne pas la perte de l'usufruit : la disposition de l'art. 1442 qui, pour une pareille omission, prive le survivant des époux de son droit de jouissance, est une sévérité exceptionnelle, qui trouve ses motifs spéciaux dans le régime matrimonial et qui ne doit pas être étendue aux usufruitiers ordinaires.

La seule sanction *immédiate* serait le refus de délivrance ; le nu propriétaire pourrait s'opposer à l'entrée en jouissance de l'usufruitier puisque celui-ci n'a pas fait ce qu'il devait. Le texte le dit : « *Il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser*, etc. » (art. 600). Une autre sanction viendra plus tard, au moment de la restitution des biens, après la fin de l'usufruit. Sur ce qui se passe alors, quand l'inventaire et l'état n'ont pas été dressés, voyez ci-dessous, n° 2863.

2° De la caution.

***2767. Utilité d'une caution.** — L'usufruitier doit « donner caution ». Une caution est *une personne qui vient s'engager à côté de l'usufruitier envers le nu propriétaire*, pour servir de répondant et de garantie. Il est possible que l'usufruitier se trouve un jour débiteur de sommes d'argent assez fortes, par suite d'abus de jouissance, de détériorations, de pertes ou de destructions arrivées par sa faute, ou comme ayant reçu des choses consomptibles par le premier usage dont il doit restituer la valeur en argent. La loi veut garantir le nu propriétaire contre le danger que lui ferait alors courir l'*insolvabilité* de l'usufruitier. Voilà pourquoi elle oblige celui-ci à

fournir une caution. Naturellement, la caution que l'usufruitier présente doit être *solvable* (art. 2040 combiné avec art. 2018 et 2019).

2768. Du retard de l'usufruitier à fournir caution. — L'usufruitier peut éprouver de la difficulté à trouver une caution. On ne rencontre pas tous les jours quelqu'un disposé à prendre un engagement comme celui-là, dont il est impossible de mesurer d'avance l'étendue. Quand il y aura eu simple retard, et que la caution sera finalement donnée, la loi décide que le temps perdu en recherches ne nuira pas à l'usufruitier, c'est-à-dire que les fruits touchés ou perçus dans l'intervalle par le propriétaire devront lui être restitués comme si la caution avait pu être fournie dès le premier jour (art. 604).

***2769. Garanties pouvant remplacer la caution.** — Quand la loi oblige un débiteur à fournir caution, ce genre de garantie peut être remplacé par d'autres plus faciles à trouver : le débiteur peut offrir à son créancier un *gage* ou *nantissement* suffisant en déposant, par exemple, de l'argent ou des valeurs dans une caisse publique (art. 2041) ; ou bien lui donner une *hypothèque* sur ses immeubles, s'il en a. Ces facilités doivent être accordées à l'usufruitier, à qui l'obligation de fournir caution est imposée par la loi (Cass., 7 août 1882, D. 83. 1. 220, S. 82. 1. 457).

***2770. Mesures à prendre quand l'usufruitier n'offre ni caution ni autres garanties.** — Si l'usufruitier ne trouve pas de caution et ne peut offrir aucune garantie équivalente, on ne saurait songer à le priver indéfiniment de son droit d'usufruit ; sa pauvreté prouve qu'il en a le plus grand besoin. D'autre part, il serait dangereux de laisser le propriétaire sans garantie en face d'un usufruitier insolvable. La loi a organisé alors tout un système de *mesures spéciales* destinées à sauvegarder, dans la mesure du possible, les droits des deux parties (art. 602 et 603).

L'argent liquide est placé, ainsi que le prix des *denrées*, lesquelles sont nécessairement vendues. Quant aux autres *meubles*, le propriétaire peut exiger que *ceux qui dépérissent par l'usage* soient *vendus* et que le prix soit placé comme celui des denrées. Cependant l'usufruitier peut obtenir du tribunal la remise de ceux de ces meubles qui lui sont nécessaires pour son usage personnel. Ceux-là lui sont confiés sous « sa simple caution juratoire », dit l'art. 603, c'est-à-dire avec une simple *promesse* de les conserver et de les rendre, *affirmée sous serment*. Le mot « caution » a ici conservé son sens latin : *cautio* vient de *cavere*, qui signifiait « prendre un engagement ».

Enfin les *immeubles* sont *donnés à ferme ou confiés à un séquestre*. Le séquestre est un gardien qui administre l'immeuble et rend compte de ses revenus (art. 1956) ; le salaire qui lui est dû est prélevé sur les fruits.

3° Des dispenses de fournir caution.

***2771. Dispense accordée par le constituant.** — Le titre constitutif de l'usufruit peut contenir dispense de fournir caution (art. 601), et cette dispense peut même être tacite (Cass., 28 oct. 1889, D. 90. 1. 67). C'est une clause très fréquente dans les constitutions d'usufruit par testament. Elle diminue certainement les *chances de restitution*, au détriment de l'héritier qui recueille la nue propriété ; mais comme le testateur aurait pu les supprimer tout à fait, en disposant pleinement de la propriété de son bien, on conçoit qu'il puisse empirer dans une moindre mesure la situation de l'héritier, au profit de l'usufruitier, en délivrant celui-ci d'une charge accessoire.

***2772. Dispense du vendeur ou donateur sous réserve d'usufruit.** — Lorsque l'usufruit est constitué *par voie de rétention* au profit d'une personne qui aliène seulement la nue propriété de son bien, l'obligation de fournir caution est supprimée (art. 601). Cette dispense est fondée sur une *interprétation de volonté* : la loi présume que le vendeur ou le donateur, qui dicte les conditions du contrat, sous-entend cette dispense à son profit. L'acquéreur de la nue propriété sait de quelle façon le vendeur jouit de ses biens et les administre ; il en a l'exemple sous les yeux ; s'il a des craintes, il peut demander des garanties ; s'il ne le fait pas, la loi ne les stipule pas pour lui.

2773. Dispense des père et mère ayant la jouissance légale. — Confiante dans l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, la loi les dispense de fournir cette garantie qu'elle exige de tous les usufruitiers en général (art. 601). Les autres cas d'usufruit légal ne bénéficient pas de la même dispense.

***2774. Effet de la dispense.** — La dispense de fournir caution donne à l'usufruitier *les mêmes droits que si la caution avait été réellement fournie*, c'est-à-dire qu'il a le droit de prendre possession des choses soumises à l'usufruit dans l'état où elles sont, et sans être astreint à fournir au propriétaire des garanties exceptionnelles. Ainsi, si l'usufruit comprend des *titres au porteur*, le propriétaire ne peut pas exiger que l'usufruitier les convertisse à ses frais en titres nominatifs ou les dépose dans une banque qui lui en servirait les revenus. Des arrêts de Nancy et de Poitiers qui avaient imposé ces mesures de précaution à des usufruitiers ont été cassés (Cass., 11 juill. 1888, D. 89. 1. 463, S. 88. 1. 368 ; 7 déc. 1891 D. 92. 1. 68, S. 92. 1. 363).

§ 3. — *Analyse du droit de jouissance.*

***2775. Double droit de l'usufruitier.** — L'usufruit confère un double droit : le droit *d'user de la chose* (usus) et le droit d'en *percevoir les fruits* (fructus). Ce sont les deux éléments qui le composent et qui lui ont valu son nom. Les Latins déclinaient séparément les deux mots *usus* et *fructus*, qui ont fini par s'agglutiner en un seul.

A. — Usage de la chose.

***2776. Définition et étendue.** — Le droit d'usage est le droit de se servir matériellement d'une chose pour son agrément ou son profit personnel selon la nature de cette chose.

L'usage qui appartient à l'usufruitier est aussi étendu que celui du propriétaire. Ainsi « il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même » (art. 597).

La *chasse* et la *pêche* sont considérées comme rentrant dans l'usage qu'un propriétaire peut faire de ses terres. L'usufruitier d'un bien rural a donc le droit de chasser et de pêcher. Pothier lui refusait autrefois le droit de chasse, mais c'était pour une raison qui a disparu, à savoir le caractère seigneurial que ce droit avait sous l'ancien régime. Il n'y aurait d'exception actuellement qu'au cas où l'usufruitier se trouverait en présence d'une *location* du droit de chasse faite antérieurement par le propriétaire. Il devrait respecter le droit du preneur, comme tout autre bail, mais le prix de la location lui appartiendrait pour toute la durée de son usufruit.

***2777. Droit de l'usufruitier sur les choses consomptibles.** — Le droit d'usage accordé à l'usufruitier lui permet seulement d'*employer* la chose, de s'en servir ; il ne lui est pas permis de la détruire, de la *consommer* ; il n'a pas l'*abusus*. Aussi le Code dit-il, dans sa définition de l'usufruit, que l'usufruitier a le droit de jouir de la chose « à la charge d'en conserver la substance » (art. 578).

On a vu plus haut (n° 2748) que cette limitation des droits de l'usufruitier rend *impossible* l'établissement de l'usufruit sur les choses consomptibles, dont on ne peut pas se servir sans les consommer. Sur ces choses

l'usufruit est remplacé par une combinaison spéciale, appelée *quasi-usufruit*, qui consiste en ceci : l'usufruitier acquiert la *propriété* des choses soumises à son droit, ce qui lui permet de *s'en servir en les consommant*, mais ces choses ne lui sont acquises qu'à la condition d'en rendre l'équivalent, quand l'époque de la restitution sera arrivée.

B. — Droit aux fruits.

2778. Importance de ce droit. — Le droit aux fruits est la faculté principale que possède l'usufruitier : c'est celle qui le caractérise et par laquelle il se distingue de l'usager. Très souvent l'usufruitier se borne à percevoir les fruits et n'a pas la possession matérielle de la chose, qui est aux mains d'un locataire ou d'un fermier. Aussi les Romains, pour abréger, disaient volontiers « fructuarius » tout court, pour désigner l'usufruitier. Notre langue ne permet pas la même abréviation.

1° Classification des fruits.

****2779. Définition des fruits.** — Les fruits sont proprement *les produits qu'une chose peut fournir à des intervalles réguliers, sans diminution de sa propre substance.*

****2780. Distinction des fruits en nature et des fruits en argent.** — Les règles applicables varient selon que l'usufruitier perçoit *lui-même et en nature* les fruits de la chose ou qu'il en tire un *revenu en argent* par suite d'un contrat (louage, prêt à intérêt, etc.) ayant transféré à une autre personne la jouissance matérielle de la chose. Les fruits en nature comprennent les *produits du sol* (céréales, foins, fruits, bois d'émondage, etc.) et les *produits des animaux* (croît, laine, œufs, lait, etc.). On y ajoute sous certaines distinctions les coupes de bois et les produits des mines et carrières. Les revenus en argent s'appellent *fruits civils*. Cette distinction a une grande importance, car la manière dont l'usufruitier acquiert les fruits n'est pas la même pour ces deux catégories.

2781. Subdivision inutile faite par le Code. — Le Code civil applique aux fruits en nature une distinction entièrement inutile ; il les subdivise en *fruits naturels et fruits industriels* : les premiers sont ceux qui viennent sans culture ; les seconds ceux qui exigent le travail de l'homme (art. 582-583) (1). Cette distinction ne sert à rien.

***2782. Différentes sortes de fruits civils.** — De tous temps on a considéré comme des fruits *les revenus en argent qu'une chose peut produire en vertu d'un contrat.* Tels sont les *loyers des maisons* et les *fermages des*

(1) D'après l'art. 583, les fruits industriels sont ceux « qu'on obtient d'un fonds *par la culture* ». Ce sont donc des *produits agricoles*, qui rentrent dans la catégorie des *fruits en nature*, et il faut bien se garder de considérer comme fruits industriels les revenus d'une usine qui sont des *fruits en argent* provenant des ventes.

biens ruraux, qui proviennent d'un *contrat de louage*. En elles-mêmes, les sommes versées par le locataire ou le fermier ne sont pas des fruits ; l'argent n'est pas produit par la chose louée ; mais il *représente* l'usage de cette chose et le profit que le preneur a pu en tirer. Entre les mains du bailleur, ces sommes tiennent lieu de la jouissance en nature qu'il aurait pu garder pour lui.

Par analogie, les sommes qu'on peut tirer annuellement d'un capital en le prêtant à autrui, soit sous la forme du *prêt à intérêt*, soit sous celle d'une *constitution de rente* (comme dans les emprunts d'États), sont également considérées comme des fruits civils produits par le capital prêté ; c'est le *loyer de l'argent*.

*2783. **Difficultés anciennes pour les rentes viagères.** — La rente viagère est le droit qu'a une personne de toucher annuellement une certaine somme, tant qu'elle vivra. Dans notre ancien droit, on décidait que l'usufruitier d'une rente viagère n'avait pas le droit d'en percevoir les arrérages et de les consommer entièrement. Pothier en donnait pour raison que percevoir les arrérages de la rente « serait s'arroger non pas un simple usufruit, mais le fonds entier de la rente, un propriétaire n'en pouvant avoir davantage ». Il considérait donc la rente viagère comme une chose qui se consomme entièrement par la perception et qui, par suite, n'est pas susceptible d'un véritable usufruit (*Du contrat de constitution de rente*, n° 242). Il en résultait des difficultés auxquelles le Code a coupé court en décidant que les arrérages des rentes viagères doivent être considérés *en totalité* comme des *revenus* et que l'usufruitier a le droit de les toucher sans être tenu à aucune restitution (art. 588).

2° Mode d'acquisition des fruits.

2784. Point de départ de la jouissance de l'usufruitier. — L'art. 604, *in fine*, semble supposer que l'usufruitier a droit aux fruits uniformément à compter du jour où son droit s'est ouvert, ce qui n'est pas toujours exact ; le point de départ de la jouissance de l'usufruitier est fixé différemment, selon la nature de son titre. Quand l'usufruit est légal, c'est la loi elle-même qui en détermine l'*ouverture* et avec elle le droit aux fruits. Quand il est constitué par acte entre vifs, le droit doit être considéré comme ouvert dès la conclusion du contrat, à moins que les parties n'aient fixé une autre époque.

Pour les *usufruits établis par testament*, il y a lieu de faire une distinction. Si l'usufruit est établi à *titre universel*, il faut lui appliquer l'art. 1005, conforme en cela à l'art. 604 ; l'usufruitier a droit aux fruits à compter du jour du décès, qui est le jour de l'ouverture de son droit (1). Mais si le legs lui a été fait *à titre particulier*, il ne peut réclamer les fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance ou du jour où la délivrance lui a été volontairement consentie (art. 1014).

2785. **Mode d'acquisition des fruits matériels. — Les fruits en nature s'acquièrent *par la perception*, c'est-à-dire qu'ils deviennent la propriété de l'usufruitier quand celui-ci les a récoltés par lui-même ou par ses préposés.

2786. **Mode d'acquisition des fruits civils. — Les fruits civils sont réputés acquis à l'usufruitier *jour par jour* (art. 576), c'est-à-dire qu'on divise le revenu annuel en 365 ou 366 parties égales et qu'on attribue à

(1) En supposant qu'il a été diligent et qu'il a formé sa demande *dans l'année du décès* : sinon, sa jouissance ne part que du jour de la délivrance demandée en justice ou volontairement consentie (art. 1005).

l'usufruitier un nombre de ces parties égal au nombre de jours de l'année pendant lesquels son droit d'usufruit a existé. Cette répartition du revenu entre le nu propriétaire et l'usufruitier, d'après la proportion qui vient d'être indiquée, n'a lieu que pour l'année de l'ouverture et pour l'année de l'extinction de l'usufruit : les revenus des années intermédiaires, remplies en entier par l'usufruit, appartiennent en totalité à l'usufruitier.

Peu importe par conséquent, pour les loyers, les fermages, les intérêts et autres fruits civils, le jour de leur *échéance* qui les rend exigibles, ou le jour de leur *perception* par l'une ou l'autre des parties. Ceux qui ne sont pas encore échus au jour où l'usufruit prend fin, et ceux qui étant échus n'ont pas été touchés par l'usufruitier, n'en sont pas moins dus à lui ou à ses héritiers, en tant qu'ils ont couru pendant la période correspondante à la durée de sa jouissance. En sens inverse, il devrait rendre ceux qu'il toucherait après l'ouverture de son droit et qui correspondraient à une période antérieure.

2787. Ancienne difficulté pour les fermages. — On lit dans l'art. 584 que les *fermages* des baux ruraux sont rangés dans la classe des fruits civils ; ceci peut sembler inutile à dire, puisque les fermages se paient en argent, mais le Code a voulu modifier une règle précédemment admise. Nos anciens auteurs, empruntant leur solution au droit romain (Scævola, au *Digeste*, liv. VII, tit. 1, fr. 58), considéraient les fermages comme la représentation des récoltes en nature faites par le cultivateur, à différents moments de l'année et non d'une façon continue, et ils décidaient en conséquence que le fermage devrait être attribué au propriétaire ou à l'usufruitier selon que la récolte avait été ou non faite pendant la durée de l'usufruit. Ce système amenait des vérifications difficiles à faire et des contestations fréquentes, que le Code supprime en appliquant aux fermages la même règle qu'aux autres fruits qui se perçoivent en argent.

2788. Extension désirable de la répartition proportionnelle des fruits. — On peut regretter que les auteurs du Code n'aient pas appliqué d'une manière plus générale le principe de la répartition proportionnelle, et qu'ils ne l'aient point étendu même aux fruits matériels (1). Ainsi il y a des coupes de bois qui se font à des intervalles éloignés, par exemple tous les dix ans. Il peut arriver que dans une période de dix ans et quelques mois, l'usufruitier fasse deux coupes qui représentent vingt années de jouissance. Est-ce juste? Il peut arriver qu'il n'en fasse aucune dans une période de près de dix ans. Est-ce juste encore? Le même inconvénient peut se produire pour des récoltes annuelles : un usufruit qui dure treize mois peut permettre d'en faire deux, de même qu'un usufruit peut durer onze mois, sans que l'usufruitier en fasse aucune.

2789. Frais des récoltes sur pied au début et à la fin de l'usufruit. — Il y a encore dans la loi quelques autres dispositions difficiles à expliquer théoriquement et qui ont été écrites pour simplifier autant que possible les redditions de comptes, qui font naître tant de litiges. Ainsi l'art. 585 refuse toute indemnité au propriétaire, à raison des frais de labours, semences et autres qu'il a déboursés pour préparer une récolte qui se trouve sur pied au moment de l'ouverture de l'usufruit, et qui lui est enlevée par l'usufruitier. Même refus d'indemnité à l'usufruitier pour la récolte qu'il avait préparée et qu'il n'a pas eu le temps de faire avant l'extinction de son droit. Pour justifier ces solutions, on dit qu'il y a *compensation entre des chances égales*. Oui, sans doute, l'équilibre s'établirait si les mêmes personnes faisaient la même opération un grand nombre de fois, mais chaque usufruit ne s'ouvre et ne s'éteint qu'une fois, et le même usufruitier peut gagner au début les frais de récolte sans les perdre à la fin, et réciproquement, de sorte que la compensation ne s'établit point dans la plupart des cas.

3° Choses assimilées aux fruits.

****2790. Distinction des produits et des fruits.** — Les propriétaires tirent

(1) Cette assimilation des fruits en nature aux fruits civils a été faite dans une autre matière par la loi elle-même. Voyez l'art. 1571, relatif aux fruits des immeubles dotaux.

parfois de leurs biens certains produits qui n'ont pas de caractère de fruits, soit que la périodicité leur manque, soit qu'en les percevant on épuise la substance de la chose. Ces produits sont d'une part les *arbres*, de l'autre les matières extraites des *mines*, *minières* et *carrières*. Il résulte de la nature spéciale de ces produits qu'ils *échappent en principe au droit de jouissance de l'usufruitier*, lequel n'a droit qu'aux fruits proprement dits. Cependant, comme l'exploitation de ces produits devient parfois une *source régulière de revenus* pour le propriétaire, on ne suit pas une logique rigoureuse, et on attribue à ces produits un caractère de fruits afin de permettre à l'usufruitier d'en jouir dans certains cas. Il faut donc rechercher dans quelles circonstances ces produits exceptionnels deviennent des fruits et sont attribués à l'usufruitier.

a. — *Droits de l'usufruitier sur les arbres.*

2791. Caractère naturel des arbres. — Les arbres sont en principe considérés comme des *capitaux*. Ce sont des « produits » du sol, mais qui n'ont pas le caractère de fruits, parce que leur croissance est très longue, que leur production n'a aucune périodicité, et qu'ils sont eux-mêmes des *choses frugifères*. Il résulte de là qu'en principe l'usufruitier a bien le droit de recueillir les fruits des arbres, mais que les arbres eux-mêmes ne lui appartiennent pas. Le caractère de capitaux doit ainsi être reconnu :

1° Aux *arbres fruitiers* ;

2° Aux *arbres d'émondage*, dont on coupe les branches à des intervalles périodiques ;

3° Aux *futaies*, qu'on considère comme des capitaux mis en réserve ;

4° Aux *arbres d'ornement* (arbres verts ou à feuilles caduques), les uns alignés en avenues, les autres épars sur les pelouses ou réunis en bosquets.

2792. Cas où les arbres deviennent des fruits. — Par exception, certains arbres deviennent eux-mêmes des fruits, quand ils sont *produits d'une manière périodique, en vue de la consommation de leur bois ou de leur vente*. Tel est le cas pour les *bois taillis*, les *futaies aménagées* et les *arbres des pépinières*.

1° Bois taillis. — Les taillis sont des bois que l'on exploite en les coupant à des intervalles rapprochés, avant qu'ils aient achevé leur croissance, et qui repoussent de leurs souches.

2° Futaies. — Les futaies sont des arbres auxquels on laisse prendre tout leur développement naturel avant de les abattre ; aussi les appelle-t-on quelquefois *bois de haut jet* par opposition aux taillis. Le mot *futaie* a un sens très large ; il peut s'employer quelle que soit l'espèce des arbres et quel que soit leur âge. L'exploitation des futaies se fait de plusieurs façons. Anciennement la méthode la plus répandue était de *couper en jardinant*, c'est-à-dire d'abattre sur toute l'étendue de la forêt un certain nombre d'arbres ; mais cette pratique ne s'est conservée que pour un petit nombre d'essences. On préfère ordinairement couper par *bandes* ou *zones* en abattant tous les arbres qui se trouvent sur le terrain de la coupe, à l'exception de quelques-uns qu'on choisit parmi les plus vigoureux et qui servent de *porte-graines* pour le repeuplement. La façon dont se font les coupes, leur quotité ou leur étendue, leur ordre, s'appellent *l'aménagement* de la forêt.

3° Pépinières. — Quant aux *pépinières*, ce sont des plants de petits arbres qu'on élève en grande masse jusqu'à ce qu'ils puissent être transplantés ; le plus souvent elles sont exploitées par des horticulteurs qui en font métier.

***2793. Droit de l'usufruitier.** — Les arbres qui sont considérés comme *capitaux* lui échappent, il ne peut pas les couper, car il n'a droit qu'aux fruits. Ainsi le Code dit qu'il ne peut pas toucher aux *arbres de haute futaie* (art. 592), et on a remplacé le mot « bois »

par le mot « arbres » pour montrer que la règle s'applique aux arbres épars aussi bien qu'aux arbres réunis en masse sur un terrain planté en bois.

Néanmoins, et par exception, la loi lui donne les arbres fruitiers, quand ils meurent ou quand ils sont arrachés ou brisés par accident, mais à la charge de les remplacer par d'autres (art. 594). On évite par là une foule de petits comptes à régler ; du reste, ces arbres ont en général peu de valeur, et le propriétaire a intérêt à retrouver son fonds régulièrement planté d'arbres jeunes et en plein rapport.

Pour les *arbres des taillis et des pépinières*, il ne pouvait y avoir aucun doute ; ils n'ont pas d'autre destination que d'être coupés ou enlevés et vendus (art. 590). Donc l'usufruitier a le droit de les exploiter.

Quant aux *futaies*, la loi distingue : si la futaie était *mise en coupes réglées*, c'est-à-dire régulièrement aménagée, avant l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier a le droit de continuer l'exploitation, puisque les arbres qu'on abat sont de véritables fruits (art. 591). Au cas contraire l'usufruitier n'a pas le droit d'y toucher (art. 592). La loi lui permet toutefois de retirer de la forêt non aménagée les menus produits annuels ou périodiques qu'elle peut fournir (art. 593). Elle lui permet en outre de prendre le bois dont il a besoin pour les échalas de ses vignes, ou pour les réparations qui sont à sa charge. Seulement, dans ce dernier cas, il est tenu d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire (même article).

b. — *Droits de l'usufruitier sur les produits des mines, minières et carrières.*

***2794. Caractère des produits des mines et carrières.** — Ce qu'on extrait d'une mine ou d'une carrière n'est pas un produit du sol : aucune terre ne produit du minerai, ou du sable, ou du calcaire. C'est le sol lui-même qu'on enlève et qu'on vend par morceaux ; l'exploitation d'une mine ou d'une carrière en amène infailliblement l'épuisement. Néanmoins dans l'usage, à cause de l'abondance des matériaux, on considère ce qu'on en retire comme produit. Le Code fait de même, il fait rentrer ces produits dans la catégorie des fruits et les attribue à l'usufruitier parce que ce sont des revenus qui font vivre les propriétaires (art. 598).

La loi met cependant une condition pour accorder ce droit à l'usufruitier, et cette condition est la même que celle qui a déjà été signalée pour les futaies : il faut que la mine ou la carrière ait été *déjà ouverte avant le commencement de l'usufruit.* L'usufruitier peut donc continuer une exploitation commencée, il n'a pas le droit de la commencer lui-même quand elle ne l'est pas encore.

2795. Modification du régime des mines. — L'art. 598, tel qu'il a été rédigé en 1804 (et son texte n'a pas été modifié depuis lors), applique la même règle aux mines qu'aux carrières et minières ; le texte leur est commun et les nomme toutes ensemble. Par conséquent, l'usufruitier jouissait du revenu des mines qui étaient déjà en exploitation au jour de l'ouverture de son droit, et ne pouvait entreprendre l'exploitation d'aucune mine nouvelle. Mais la loi du 21 avril 1810 a changé entièrement le régime d'exploitation des mines, qui ne peuvent plus être ouvertes, même par le propriétaire de la surface, qu'en vertu d'une concession du gouvernement (ci-dessus, nos 2395 et 2396), et cette concession peut être accordée aussi bien à l'usufruitier qu'au propriétaire ou à un tiers. Quelle a été l'influence de cette réforme sur les relations du nu propriétaire et de l'usufruitier? Dans l'opinion générale, on admet que la loi de 1810, qui a modifié notre législation minière, est une loi purement administrative et qu'elle n'a pu avoir pour effet de changer même indirectement des règles qui appartiennent au droit civil. Les conséquences qui résultent de cette manière de voir sont les suivantes :

1° Si la mine était déjà exploitée lors de l'établissement de l'usufruit, l'*usufruitier jouit, au lieu et place du propriétaire, de la redevance minière*, payée à la surface par l'exploitant du sous-sol (ci-dessus, nos 2397 et 2408).

2° Si la mine n'a été concédée qu'après l'établissement de l'usufruit, *l'usufruitier n'a aucun droit à la redevance*, qui doit être touchée par le nu propriétaire.

2796. Cas où la mine est elle-même grevée d'usufruit. — Il est rare que la mine elle-même, considérée comme une propriété à part, soit directement grevée d'usufruit :

les mines appartiennent à des personnes morales, qui ne meurent point, qui ne font point de testament, qui ne se marient point ; par conséquent, la propriété des mines concédées à des compagnies ne sera jamais soumise à un droit d'usufruit.

Il peut arriver cependant qu'un particulier (ou une famille) soit à lui seul propriétaire d'une mine, et par l'effet des testaments et des mariages, cette mine peut faire l'objet d'un usufruit. En pareil cas l'usufruitier n'a pas à se préoccuper, comme semble encore l'y inviter l'art. 598, de se prémunir d'une autorisation nouvelle : la concession, une fois accordée, peut faire l'objet d'une cession sans autorisation du gouvernement, et cette transmission de la concession peut se faire aussi bien pour la jouissance que pour la pleine propriété (1).

4° Droit de l'usufruitier sur ce qui accroît à la chose.

2797. Difficultés pour les valeurs à lots. — Les droits de l'usufruitier, tels qu'ils viennent d'être établis, c'est-à-dire comprenant l'usage et la jouissance de la chose, s'étendent successivement à tous les accroissements que la chose peut recevoir. Il n'y a aucun doute pour les *alluvions* (art. 596) et autres *variétés d'accessions*, mais il y a eu pour un cas particulier des difficultés d'autant plus vives que l'intérêt engagé était parfois considérable. La ville de Paris, le Crédit foncier, et bien d'autres villes ou établissements émettent dans le public ce qu'on appelle des *valeurs à lots*, c'est-à-dire des obligations rapportant un intérêt assez faible, mais remboursées par voie de tirage au sort, avec des *primes* pour les premiers numéros sortants. La première obligation tirée gagne cent et même parfois deux cent mille francs. Quand l'obligation qui gagne un lot est soumise à un droit d'usufruit, à qui, de l'usufruitier ou du propriétaire, doit appartenir cet accroissement soudain du capital? Les uns prétendaient que l'usufruitier n'y avait aucun droit, même pour en jouir temporairement, parce que la prime de remboursement n'est pas un fruit. D'autres voulaient que l'usufruitier eût droit à la totalité de la prime, sans restitution au profit du propriétaire, parce que, disaient-ils, les villes et les compagnies qui pratiquent ce genre d'emprunts font face au service des lots à l'aide de retenues opérées sur les intérêts de leurs obligations. Il y a donc pour les porteurs de titres une privation certaine, mais minime, de revenus, compensée par un gain énorme, aléatoire. Le bénéfice éventuel (le lot) doit donc appartenir à celui qui subit la retenue, c'est-à-dire à l'usufruitier. Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions extrêmes ne l'a emporté dans la pratique. La Cour de cassation a décidé que la prime forme un surcroît de capital, qui appartient au nu propriétaire, et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier (14 mars 1877, D. 77. 1. 353, S. 78. 1. 1). Cette solution est conforme à l'intention des parties : les compagnies déclarent rembourser leurs obligations par des sommes variables, les unes au pair, les autres à un chiffre supérieur, selon leur rang de tirage ; ce qui est payé est donc le capital de l'obligation.

***2798. Du trésor.** — Le droit de jouissance de l'usufruitier *ne s'étend pas au trésor* qui peut être découvert dans la chose grevée d'usufruit. Le trésor n'est pas un produit ; aucune chose n'est destinée à produire des trésors. Ce n'est même pas une partie de la chose, comme ce qu'on retire des carrières. C'est une chose différente de celle dans laquelle il était caché. Il n'y a aucune raison pour l'attribuer à l'usufruitier *à ce titre*, à moins qu'il ne le découvre, auquel cas il a droit à la moitié, *à titre d'inventeur*, d'après les règles du droit commun (art. 716).

§ 4. — *Pouvoirs juridiques de l'usufruitier.*

A. — Baux.

***2799. Droit de louer la chose.** — Le bail ou contrat de louage est l'acte par lequel une personne qui a le droit de jouir d'une chose cède temporairement à une autre son droit de jouissance moyennant un loyer. L'usufruitier, ayant la jouissance de la chose, peut la donner à bail.

(1) La loi défend seulement de diviser l'exploitation sans l'autorisation du gouvernement (L. 21 avril 1810, art. 7, al. 2).

***2800. Effet des baux.** — Rigoureusement l'usufruitier ne devrait pas être obligé de respecter les baux faits par le nu propriétaire avant l'ouverture de son droit, et réciproquement le propriétaire, lorsqu'il reprend la jouissance de sa chose à l'expiration de l'usufruit, ne devrait pas être tenu des baux consentis par l'usufruitier. *Chaque contrat de bail ne fait naître que des obligations personnelles pour celui qui l'a fait*, et ces obligations ne passent pas d'une personne à une autre.

Cette double solution traditionnelle a été changée par le Code ; l'abandon du droit antérieur était motivé par une raison majeure d'ordre pratique. Si l'on veut qu'un propriétaire ou un usufruitier puisse louer son bien à un prix convenable, il faut qu'il puisse offrir à ses locataires la certitude de conserver la jouissance des lieux loués, malgré le changement ultérieur qui peut faire passer à une autre personne la propriété ou l'usufruit. Le louage est un acte d'administration normale pour lequel les propriétaires ou usufruitiers successifs doivent subir l'effet des actes de leurs prédécesseurs.

Baux passés par le propriétaire. — D'après l'art. 1743, l'*acheteur* d'un immeuble ne peut expulser le fermier ou locataire qu'il trouve en possession ; il est tenu de laisser le bail suivre son cours, et se trouve substitué à cet égard aux obligations de son auteur. Si les locataires et fermiers possèdent, d'après cet article, un droit opposable à celui qui acquiert la pleine propriété de l'immeuble, à plus forte raison peuvent-ils opposer leur bail à *un simple usufruitier*. Les baux passés par le propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit continueront donc à être exécutés. Il faut toutefois qu'ils aient acquis date certaine avant cette époque (arg. art. 1743) ; en outre, ceux dont la durée dépasse 18 ans sont soumis à la formalité de la transcription, à défaut de laquelle ils subiraient une réduction à ce chiffre (L. 23 mars 1855, art. 2-4, et art. 3).

Baux passés par l'usufruitier. — Les baux passés par l'usufruitier pendant l'usufruit ne sont pas traités de la même manière que ceux qui émanent du propriétaire. L'usufruitier n'a pas de pouvoirs aussi étendus que le propriétaire ; il n'a sur la chose qu'un pouvoir d'administration, analogue à ceux qui appartiennent aux administrateurs du bien d'autrui. L'art. 595 déclare applicables à l'usufruitier les règles établies pour le mari administrant les biens de sa femme (art. 1429 et 1430. — Comp. art. 509 et 1718). Voici les résultats de cette assimilation. Tant que dure son droit, l'usufruitier est obligé de maintenir le bail qu'il a consenti, quelle qu'en soit la durée. A la fin de l'usufruit, pour savoir dans quelle mesure le bail en cours est opposable au nu propriétaire, on le divise en périodes de neuf ans, et le preneur n'a que le droit d'achever la période dans laquelle il se trouve au moment de la cessation de l'usufruit. De plus, pour faciliter le renouvellement des baux et éviter les vacances dans les locations, on permet à l'usufruitier de signer un nouveau bail, soit avec le locataire actuel, soit avec un autre, dans les deux ou dans les trois dernières années du bail en cours, selon qu'il s'agit de maisons ou bien ruraux (art. 1430). S'il est fait usage de cette faculté, cela peut porter à *onze* ou à *douze ans*, *au maximum*, la période pendant laquelle le propriétaire sera lié par les baux consentis par l'usufruitier.

2801. Baux d'objets mobiliers. — En principe l'usufruitier n'a pas le droit de louer à des tiers les objets mobiliers sur lesquels porte son droit. Cependant il peut se faire que, par leur nature, ces objets soient destinés à être loués (livres d'un cabinet de lecture, chevaux et voitures de louage, meubles d'occasion, etc.). L'application rigoureuse de la loi conduirait à décider que les locations faites par l'une des parties sont sans effet à l'égard de l'autre aussi bien au commencement qu'à la fin de l'usufruit ; car l'art. 595 ne concerne que les locations d'immeubles. Mais une telle rigueur serait tellement contraire à l'intention des parties que son application paraît impossible en pratique.

B. — Exercice des actions.

***2802. Actions garantissant le droit d'usufruit lui-même.** — L'usufruitier peut exercer diverses actions relatives aux choses comprises dans son usufruit. Ainsi lorsqu'un immeuble dont la jouissance lui appartient se

trouve aux mains d'un tiers qui le détient sans droit, il peut le réclamer au moyen de l'*action confessoire d'usufruit*, action réelle pétitoire, qui lui appartient de son chef. On admet même qu'il pourrait, le cas échéant, recourir à la forme plus simple de l'*action possessoire* appelée « complainte ». Sans doute peuvent seuls exercer l'action possessoire ceux qui sont possesseurs à titre non précaire (art. 23 C. proc. civ.), et l'usufruitier est un de ceux qui, suivant l'expression de l'art. 2236, détiennent *précairement* la chose du propriétaire et qui, par suite, ne peuvent prescrire. Mais, si l'usufruitier est détenteur précaire en ce qui concerne la propriété, il ne l'est pas quant à l'usufruit ; il a, de son chef, un droit réel de jouissance qui lui permet de posséder la chose et qui lui donne l'action possessoire.

2803. Actions garantissant les droits compris dans l'usufruit. — Ainsi encore, l'usufruit est établi à titre universel, l'usufruitier a qualité pour exercer les *actions personnelles* contre les débiteurs dont les obligations sont échues. Il peut leur réclamer leur paiement, il y est même obligé, en ce sens que sa responsabilité serait engagée envers le propriétaire, s'il s'agissait de capitaux que sa négligence eût laissé perdre par l'effet de la prescription ou par l'insolvabilité des débiteurs.

C. — Réception des capitaux.

***2804. Capitaux des dettes exigibles.** — L'usufruitier universel ou à titre universel a qualité pour recevoir, soit à l'amiable, soit après des poursuites judiciaires, le remboursement des créances venues à échéance pendant son usufruit. Il peut en donner quittance sans l'intervention du propriétaire. A ce moment son droit se transforme : il avait sur la créance non échue un simple droit d'usufruit, qui l'autorisait seulement à en toucher les intérêts ; sur l'*argent*, qui représente le capital remboursé, il a désormais un *quasi-usufruit*, c'est-à-dire un droit de propriété, car l'argent se consomme par le premier usage (1). Voyez ci-dessus, n°s 2748 et 2749.

2805. Remboursement des rentes. — L'usufruitier d'une rente perpétuelle, qui serait remboursée par le débiteur pendant la durée de l'usufruit, a de même qualité pour en toucher le capital. On se demande seulement s'il peut être astreint à fournir caution, au cas où le titre constitutif de l'usufruit l'en aurait dispensé. La dispense n'a peut-être été accordée qu'en considération de la situation première, alors que l'usufruitier n'avait pas la disposition du capital, et il peut être conforme à la volonté du constituant d'exiger alors une caution de l'usufruitier. Les tribunaux ont à cet égard un certain pouvoir d'appréciation (Besançon, 8 févr. 1875, S. 77. 2. 36).

2806. Indemnité d'expropriation. — Si l'immeuble qui fait l'objet de l'usufruit est exproprié en tout ou en partie, l'usufruitier a qualité pour toucher l'indemnité, afin d'en

(1) Ce droit de l'usufruitier de toucher les capitaux est plein de périls lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières : l'usufruitier se trouve investi, contre toute raison, du droit de choisir le mode de placement, ce qui équivaut à une transformation de la substance ; l'intervention du nu propriétaire devrait être ici nécessaire. Comp. CHANCERELLE, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, thèse, Paris, 1912. Néanmoins les tiers débiteurs sont libérés par la remise des fonds à l'usufruitier, sans avoir à vérifier s'il a ou non fourni une caution au propriétaire. Cette obligation de l'usufruitier est sans influence sur ses rapports avec les tiers.

percevoir l'intérêt jusqu'à l'expiration de son droit (1). Pour plus de détails sur ce qui se passe au cas d'expropriation, voir ce qui en est dit à propos des causes d'extinction de l'usufruit (ci-dessous, n° 2844).

2807. Indemnité d'assurance. — Si le contrat d'assurance a été fait par l'usufruitier *dans son intérêt exclusif*, il n'est pas douteux qu'il ait le droit de *toucher entièrement l'indemnité*, qui n'est due qu'à lui, puisqu'elle représente uniquement la valeur de son droit de jouissance, et il la gardera sans être jamais tenu d'aucune restitution au propriétaire. — Mais si le contrat a été fait de manière à profiter à la fois aux deux intéressés, l'usufruitier devrait, d'après certains auteurs, toucher l'indemnité représentant la valeur en pleine propriété de la maison détruite pour en jouir jusqu'à la fin de l'usufruit et la restituer alors au nu propriétaire (Aubry et Rau, t. II, § 321, p. 495 ; Laurent, t. VI, n° 530). Dans la pratique les compagnies préfèrent assurer chacun séparément jusqu'à concurrence de la valeur de son droit.

D. — Aliénations et autres actes de disposition.

***2808. Faculté d'aliéner résultant du quasi-usufruit.** — L'usufruitier, n'étant pas propriétaire, ne peut pas disposer des objets compris dans l'usufruit pour les *aliéner*. Tel est du moins le principe. Mais son droit d'usufruit se transforme parfois en une *véritable propriété* (*quasi-usufruit*), qui lui permet d'aliéner. Ce fait se produit :

1° Pour les *objets de consommation*, vins, denrées, etc., dont on ne peut faire usage sans les détruire. Hypothèse expliquée ci-dessus, n° 2777.

2° Pour l'*argent monnayé* et les *billets de banque*. Hypothèse analogue à la précédente. Le seul usage qu'on puisse faire de l'argent, c'est de le dépenser, c'est-à-dire de l'aliéner. Aussi quand le Sénat romain admit que les usufruits universels comprendraient même les « res quæ primo usu consumuntur », il y fit en même temps rentrer l'argent monnayé.

3° Pour les choses qui sont par leur nature *destinées à être vendues* ; par exemple, les marchandises comprises dans un fonds de commerce. Il est nécessaire que l'usufruitier de ce fonds ait le droit d'aliéner les marchandises qu'il contient ; la concession de ce droit lui est faite implicitement.

4° Pour les choses qui sont *livrées sur estimation*, quelle que soit leur nature, mais seulement *dans les cas où l'estimation vaut vente*. L'usufruitier est alors réputé avoir acheté les choses estimées, pour un prix égal au montant de l'estimation : il en acquiert la propriété définitive, et devient débiteur de leur valeur, qu'il doit payer à l'expiration de l'usufruit. C'est ce qu'on exprime en disant que « l'estimation vaut vente ».

L'estimation ne vaut pas vente par elle-même et nécessairement. Il faut se rappeler que les objets mobiliers compris dans un usufruit ne sont ordinairement livrés à l'usufruitier qu'après avoir été *inventoriés*. Or l'inventaire comprend, en même temps que l'énumé-

(1) L'art. 39 de la loi du 3 mai 1841 porte que l'usufruitier est alors tenu de donner caution, et l'Administration exige en pratique qu'il justifie de l'accomplissement de cette obligation avant de lui verser les fonds. Mais il est douteux que la responsabilité de l'Administration soit engagée, au cas où elle aurait omis cette précaution. L'obligation imposée à l'usufruitier ne concerne que ses rapports avec le nu propriétaire ; c'est à ce dernier à veiller lui-même sur ses intérêts en exigeant la caution.

ration, une estimation des meubles. Cette estimation, en principe, ne vaut pas vente ; elle ne transforme pas l'usufruitier en propriétaire ; elle n'a d'autre utilité que de servir à évaluer l'indemnité qui pourra être due, si ces objets ne se retrouvent pas à la fin de l'usufruit ou si l'usufruitier ne les représente que détériorés. L'effet spécial de valoir vente n'est attribué à l'estimation qu'autant que les parties l'ont voulu et que leur volonté s'est manifestée d'une manière non douteuse.

***2809. Hypothèque des immeubles.** — Lorsque l'usufruit porte sur un ou plusieurs immeubles, l'usufruitier peut constituer des hypothèques sur ces immeubles. Il résulte en effet de l'art. 2118 que les biens immobiliers peuvent être hypothéqués soit par le propriétaire, soit par l'usufruitier : chacun dispose du droit qu'il a. Les créanciers hypothécaires de l'usufruitier ne pourront donc saisir et vendre que l'usufruit : l'adjudicataire n'obtiendra que la jouissance restant à courir jusqu'à la mort de l'usufruitier. De plus, les hypothèques constituées par l'usufruitier s'évanouissent quand l'usufruit s'éteint. C'est la conséquence de la règle « Nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même ». Aussi la garantie hypothécaire offerte par l'usufruitier est-elle fragile, et on en entend rarement parler. Mais les usufruits existants peuvent se trouver grevés des *hypothèques légales*, qui naissent indépendamment des parties et qui s'étendent à tous les biens du débiteur.

***2810. Cession de l'usufruit.** — Si l'usufruitier ne peut pas aliéner les biens soumis à son usufruit parce qu'il n'est pas propriétaire de ces biens, il peut du moins *céder le droit qu'il a sur eux*. Aux termes de l'art. 595, l'usufruitier peut disposer de son droit, soit à prix d'argent, c'est-à-dire le vendre, soit gratuitement, c'est-à-dire le donner.

Quel est l'effet de cette cession? Est-ce le *droit* lui-même qui est transmis d'une personne à une autre? ou seulement *l'émolument?* Les avis sont partagés. Les uns trouvent que le texte est formel : d'après l'art. 595, c'est « son droit » que l'usufruitier est autorisé à céder, et ils en concluent que l'acquéreur devient à son tour usufruitier. Les autres font remarquer que, malgré la cession, l'usufruit continue à résider sur la tête du cédant, pour une double raison ; 1° il ne s'est pas libéré de ses obligations personnelles et reste responsable envers le nu propriétaire ; 2° l'usufruit s'éteindra par sa mort, et non par la mort du cessionnaire, qui est indifférente et après laquelle la cession continue à produire ses effets au profit de qui de droit. Cette question n'est qu'une *querelle de mots*, puisque tout le monde est d'accord sur les solutions de détail et personne ne met en doute ce point capital que le fait de la cession ne modifie pas la durée de l'usufruit.

2811. Saisie de l'usufruit. — La cessibilité de l'usufruit engendre la possibilité de la *saisie* pour les créanciers de l'usufruitier. L'usufruit est un droit important, qui leur sert de gage, et qui peut être vendu aux enchères sur leurs poursuites (art. 2204-2°). Toutefois un usufruit légué à titre alimentaire peut être déclaré inaliénable par le testateur (Paris, 5 nov. 1901, D. 1902. 2. 89).

***2812. Constitution d'usufruit sur un usufruit.** — Il arrive parfois que le droit réel d'usufruit est grevé à son tour d'un droit d'usufruit. On a alors *deux usufruits superposés*. Cette complication n'a par elle-même aucun but pratique, mais elle est le résultat de deux situations spéciales : la *puissance paternelle* et le *mariage*. Si l'enfant mineur ou si la femme qui se marie possède un usufruit, le père ou la mère de l'enfant ayant la jouissance légale de ses biens (art. 384), le mari ayant par son contrat de mariage ou en vertu de la loi la jouissance des biens de sa femme, auront l'usufruit d'un usufruit. En pareil cas, *le second usufruitier est entièrement substitué au premier pour toute la durée que doit avoir son droit de jouissance*. En cela, il ressemble au cessionnaire de l'usufruit ; il en diffère en ce que son propre droit, étant lui-même un usufruit, se trouve être également viager et n'est pas transmissible à ses héritiers : il périt nécessairement avec lui. Cet usufruit peut donc s'éteindre non seulement par la mort de l'usufruitier primitif, mais aussi par la mort du second usufruitier ; le premier qui mourra y mettra fin. Naturellement si c'est l'usufruitier primitif qui survit, son propre usufruit subsistera et la jouissance lui en fera retour.

§ 5. — *Obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance.*

****2813. Objet et origine de ces obligations.** — Pendant sa jouissance l'usufruitier est tenu de deux obligations particulières ; il doit : 1° *jouir en bon père de famille* ; 2° *se conformer au mode de jouissance établi par les propriétaires antérieurs.* Ni l'une ni l'autre de ces obligations n'est établie d'une façon directe par la loi, qui se contente d'y faire quelques allusions plus ou moins obscures.

Ce qu'il faut bien comprendre, c'est l'origine et la raison d'être de ces *obligations personnelles* qui lient l'usufruitier envers le propriétaire. Théoriquement, le propriétaire et l'usufruitier sont étrangers l'un à l'autre ; chacun d'eux est titulaire d'un droit réel distinct, c'est dire qu'il est un *tiers* pour l'autre. Le propre des droits réels est de coexister sur la même chose, isolés l'un de l'autre et dans un état d'indépendance réciproque. Comment donc peut-il se faire qu'il existe entre propriétaire et usufruitier un lien personnel et que l'usufruitier soit tenu, en cette qualité, d'une double obligation envers le propriétaire? L'explication n'en peut être fournie que par l'histoire. L'usufruitier romain, qui voulait obtenir la délivrance, était obligé de s'adresser au Préteur pour lui demander une *formula* et la nomination d'un *judex.* Or le Préteur jugea équitable, avant de livrer à l'usufruitier une chose qui ne lui appartenait pas, de l'obliger à prendre certains engagements (1). Cette pratique était assez habituelle aux magistrats romains de forcer l'une des parties à s'obliger envers l'autre par une stipulation. Pour imposer ces *cautiones* (2) ou *sponsiones*, le Préteur agissait d'autorité, et c'était l'usufruitier lui-même, qui sur son ordre faisait naître à sa charge, par une stipulation, l'obligation qui manquait d'après les principes généraux du droit ; il entrait ensuite en possession, *stipulatione interposita.* L'usage de ces stipulations disparut, mais le résultat pratique qu'elles servaient à obtenir ne fut pas perdu, l'usufruitier ne cessa pas d'être considéré comme lié envers le propriétaire, alors même qu'il n'avait rien promis ; la stipulation était *sous-entendue*, parce qu'elle était d'usage et ne pouvait être refusée.

A. — Obligation de jouir en bon père de famille.

***2814. Définition.** — L'expression « bon père de famille » n'a pas ici son sens français ; elle a gardé le sens latin de *pater familias* et signifie *bon propriétaire* ; sens qui remonte à l'époque lointaine où le « pater » absorbait en sa personne la personnalité de tous ceux qui étaient soumis à sa puissance et semblait être seul propriétaire de tous les biens de la famille. Cette formule veut donc dire que l'usufruitier est obligé de jouir comme un propriétaire soigneux et diligent.

Ulpien explique en ces termes l'objet de l'engagement que devait prendre l'usufruitier : « Cavere autem debet viri boni arbitratu perceptum iri usum fructum, hoc est non deteriorem se causam usus fructus facturum, cæteraque facturum quæ in re sua faceret » (*Dig.*, liv. VII, tit. 9, fr. 1, § 3). C'est ce passage que commentaient nos anciens auteurs, Domat,

(1) « Æquissimum prætori visum est legatarium cavere... » (Ulpien, au *Digeste*, liv. VII, tit. 9, fr. 1, princ.).

(2) En latin les mots *cavere*, *cautio*, se disaient de l'engagement personnel pris par un débiteur, et quelquefois de l'écrit probatoire qui constatait cet engagement. Les garanties supplémentaires fournies au créancier, soit par des fidéjusseurs, soit par des gages ou hypothèques, s'appelaient *satisdationes*. Ne traduisez donc pas *cautio* par « caution ».

Pothier et autres, quand ils voulaient définir cette obligation spéciale de l'usufruitier. On peut le considérer comme contenant la doctrine traditionnelle.

***2815. Formule de cette obligation dans le Code civil.** — Le Code maintient implicitement cette obligation de l'usufruitier, quand il dit dans l'art. 601 : « *Il donne caution de jouir en bon père de famille...* » En effet, il ne peut y avoir sur ce point d'obligation pour la caution que s'il y a à côté d'elle un débiteur principal, tenu de remplir cette obligation dont elle garantit l'exécution, et ce débiteur principal est l'usufruitier. Il faut même remarquer que la formule employée par le Code est ambiguë, à force d'être concise : on a inclus dans la même phrase l'obligation de fournir une caution et l'obligation de jouir en bon père de famille. Cela tient au changement du sens du mot « cautio ». En latin, la formule « *cavere* se boni viri arbitratu usurum » signifiait *prendre un engagement personnel au moyen de la stipulation* ; en français, « donner caution » signifie fournir un fidéjusseur.

***2816. Conséquences de cette obligation.** — En vertu de cette première obligation, l'usufruitier doit :

1° *S'abstenir de détériorer les biens soumis à l'usufruit*, éviter, par exemple, tout ce qui pourrait en augmenter le revenu en compromettant le fonds, forcer les récoltes en épuisant la terre.

2° *Entretenir les biens en bon état* : remplacer les arbres morts, les échalas des vignes, les espaliers ; spécialement pour les bâtiments, faire toutes les menues réparations qui deviennent nécessaires par l'usure naturelle des choses ou même par accident, et à plus forte raison par sa faute.

3° *Faire même les grosses réparations*, quand elles deviennent nécessaires par défaut d'entretien.

4° *Empêcher les prescriptions de s'accomplir.* Si une *créance* comprise dans un usufruit universel est arrivée à échéance depuis longtemps, l'usufruitier doit en réclamer le paiement avant que le bénéfice de la prescription soit acquis au débiteur. Mais si un tiers commet des empiétements sur un immeuble, de façon à arriver à l'usucapion, comme l'action en revendication appartient au seul propriétaire, l'usufruitier doit se borner à lui dénoncer le fait ; faute de quoi, il serait responsable du préjudice subi par le propriétaire, comme s'il l'avait causé lui-même (art. 614).

2817. Lacune relative aux primes d'assurance. — L'usufruitier n'est pas obligé d'entretenir un contrat d'assurance précédemment passé par le propriétaire. S'il s'abstient de payer les primes, ce contrat deviendra caduc, et la compagnie sera dispensée de payer l'indemnité. Le propriétaire subira une perte, mais l'usufruitier n'en sera pas responsable. Cela tient à ce que le contrat d'assurance est considéré comme une opération parfaitement distincte de l'entretien de la propriété, un acte de prévoyance, d'où résultent de simples créances et obligations personnelles pour ceux qui l'ont fait (Laurent, t. VI, n° 530 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Usufruit, n° 237). Cependant un arrêt a assimilé à ce point de vue l'usufruitier à un tuteur et l'a, par suite, déclaré responsable du défaut de paiement des primes (Besançon, 1er avril 1863, D. 63. 2. 93).

Il y a à cet égard dans nos lois une véritable lacune. L'assurance contre l'incendie et les autres risques, ignorée encore de Pothier et des auteurs du Code, est entrée de plus en plus dans nos mœurs ; elle est devenue, pour tout propriétaire prudent, une charge normale de la propriété. Il devrait donc être établi que l'usufruitier est obligé de faire assurer la chose contre l'incendie ou contre les autres risques auxquels elle est exposée et que le paiement régulier des primes d'assurances est à sa charge pendant toute la durée de son usufruit ; mais il faudrait pour cela un texte analogue à l'art. 1045 du Code civil allemand.

B. — Obligation de se conformer aux habitudes du propriétaire.

***2818. Objet et origine de la règle.** — Cette obligation est différente de la précédente. Les jurisconsultes romains en parlaient souvent, mais

sans l'ériger en obligation distincte (1); c'est dans notre ancien droit qu'elle a pris tout son développement (2). Le Code civil y fait allusion, dès les premières lignes, dans sa définition de l'usufruit, en disant que l'usufruitier a le droit de jouir de la chose « comme le propriétaire lui-même » (art. 578), et il y revient dans maint article en parlant de l'*usage* ou de la *coutume des propriétaires*, sur lesquels l'usufruitier doit régler sa jouissance (art. 590, 591, 593, 597, 598).

Beaucoup d'auteurs entendent en outre les mots « à la charge d'en conserver la substance », qui se trouvent dans l'art. 578, comme se rapportant à cette obligation de l'usufruitier. Il est possible, en effet, que les auteurs du Code aient voulu dire par là que l'usufruitier ne doit point altérer ce qui est l'essentiel, c'est-à-dire la destination de la chose, en changeant son affectation ou son mode d'exploitation. S'il en est ainsi, ils ont bien mal traduit le latin « salva rerum substantia », qui faisait allusion à l'extinction du droit par la perte de la chose. Du reste, ce qu'ils ont voulu exprimer dans ce membre de phrase ambigu importe peu, puisque les principes sont certains.

2819. Conséquences. — Destination des batiments. — L'usufruitier ne peut pas transformer en hôtellerie, en magasin, en dépôt de marchandises, une maison destinée à être *habitée bourgeoisement*. — Cependant on lui permet de *louer* une maison que le propriétaire avait coutume d'habiter; il n'est pas obligé d'en jouir en personne; il peut la donner à bail, pourvu qu'il n'en change pas la destination.

Exploitation des terres. — L'usufruitier ne peut pas changer le *mode de culture* des terres, transformer des vignes ou des prairies en terres labourables. Il peut seulement mettre en culture les landes et les terres en friche; ceci constitue une amélioration et non une transformation.

Exploitation des bois. — L'usufruitier est obligé de se conformer, pour l'exploitation des bois, aux usages suivis par les anciens propriétaires. Les art. 590 et 591 le disent expressément. Ainsi, s'il s'agit de taillis, il doit réserver, si le propriétaire le faisait lui-même, un certain nombre de *baliveaux* par hectare. On appelle « baliveaux » des pieds que l'on s'abstient de couper pour les laisser grandir à l'état de *futaies sur taillis*. Ainsi encore, s'il s'agit de futaies, l'usufruitier doit suivre pour les époques, l'ordre et l'étendue des coupes, l'aménagement établi avant l'ouverture de son droit.

Qu'arriverait-il s'il n'y avait pas d'aménagement établi à l'ouverture de l'usufruit? On sait d'avance la conséquence en ce qui concerne les futaies, elles sont considérées comme capitaux et échappent à l'usufruitier. Mais les taillis sont par leur nature destinés à donner des fruits sous la forme de coupes périodiques. Par suite, s'il n'y a pas de règle établie, par exemple lorsque le bois est de plantation récente, le défaut d'aménagement n'empêche pas l'usufruitier d'en jouir; il lui est même possible d'établir lui-même l'aménagement en se conformant aux meilleures méthodes suivies dans la région ou encore en adoptant les règles établies pour les biens de l'État. De même si l'ancien propriétaire y avait fait des coupes hâtives ou déréglées, l'usufruitier ne pourrait l'imiter, car son obligation essentielle est de jouir en bon père de famille.

Exploitation des carrières et minières. — L'usufruitier ne peut exploiter les dépôts de matières classées par la loi comme carrières, minières et tourbières, qu'au cas où l'exploitation en était *déjà commencée* au moment où son usufruit s'est ouvert. Il n'a que le droit de *continuer* à exploiter, et toujours à la condition de conformer sa jouissance à l'usage suivi auparavant (art. 598); il ne peut donc pas entreprendre l'exploitation des dépôts que les propriétaires précédents avaient négligés.

(1) Voyez, par exemple, ce que dit Ulpien : « sicut pater familias cædebat..., unde palo solebat pater familias uti » (*Dig.*, liv. VII, tit. 1, fr. 9).

(2) Voyez ce qu'en dit Pothier, à propos de l'usufruit de la douairière (*Traité du douaire*, nos 214-220).

La même règle s'appliquait aux mines d'après le Code civil parce que, à l'époque de sa rédaction, les propriétaires avaient le droit d'exploiter eux-mêmes les mines contenues dans le périmètre de leurs terrains. Mais l'art. 598 s'est trouvé implicitement modifié, à l'égard des mines, par la loi du 21 avril 1810, qui a établi le système des concessions : le propriétaire lui-même n'aurait pas le droit de mettre la mine en exploitation, et de son côté l'usufruitier peut, comme tout autre citoyen, en obtenir la concession, auquel cas il l'exploite comme concessionnaire et non comme usufruitier : la mine à lui concédée forme entre ses mains un immeuble distinct de celui dont il a l'usufruit.

§ 6. — *Charges de l'usufruit.*

2820. Contributions. — Les impôts de toutes sortes que l'État perçoit, l'*impôt foncier* avec les *centimes additionnels* dus au département ou à la commune, ainsi que les autres taxes imposées à la propriété foncière, telles que la taxe parisienne du *balayage*, et les taxes sur les *chevaux*, *voitures*, *billards*, etc., tout cela est à la charge de l'usufruitier (art. 608). — On peut aussi y faire rentrer certains frais qui, sans avoir la régularité des contributions annuelles, n'en sont pas moins « charges des fruits », selon l'expression de l'art. 608, par exemple le *logement des troupes de passage* et les *frais de curage des petits cours d'eau.*

***2821. Réparations d'entretien.** — Les réparations dites d'*entretien* s'opposent aux *grosses réparations*. Elles sont à la charge de l'usufruitier (art. 605), parce que chacun y fait face avec son revenu, tandis que les frais des grosses réparations sont prélevés sur les capitaux.

Pour éviter toutes contestations, la loi a pris soin d'indiquer, dans l'art. 606, les travaux qui doivent être considérés comme grosses réparations, et elle ajoute : « Toutes les autres réparations sont d'entretien. » L'idée était bonne ; malheureusement la loi n'a pensé qu'à l'usufruit établi sur des constructions, et n'a rien dit des réparations qui peuvent devenir nécessaires sur des navires, sur des machines, sur un matériel d'usine, etc. Ce sera alors une question de fait, et l'on devra, en s'inspirant de l'esprit de la loi, traiter comme grosses réparations celles qui consistent dans la réfection d'une partie importante et qui constituent pour le propriétaire une dépense exceptionnelle.

***2822. Intérêts passifs des capitaux déboursés.** — Lorsqu'il s'agit d'acquitter une dette qui suppose un *sacrifice en capital*, l'usufruitier n'en est pas absolument dispensé ; il est juste qu'il contribue au moyen d'une *diminution proportionnelle de ses revenus*. Chacun des deux intéressés supportera donc en partie la charge, l'un pour le capital, l'autre pour les intérêts. Pour atteindre ce résultat on peut employer trois moyens différents :

1° *Le propriétaire débourse le capital nécessaire et l'usufruitier lui tient compte des intérêts, tant que dure son usufruit.* C'est le procédé normal, celui qui doit être employé de préférence, parce que ces sortes de dettes ou de charges pèsent directement sur le propriétaire qui y est seul « obligé », comme le dit l'art. 609.

2° Si le propriétaire ne s'exécute pas, et qu'il s'agisse du paiement d'une dette, *le créancier a le droit de faire saisir et vendre les biens grevés d'usufruit en quantité suffisante pour se désintéresser.* Le résultat final est le même.

3° Si l'usufruitier désire éviter la saisie, ou s'il s'agit de dépense à engager, l'usufruitier dispose d'un autre moyen purement facultatif pour lui : qu'il fasse *l'avance du capital, et le propriétaire le lui remboursera sans intérêts à la fin de l'usufruit.* Le résultat sera encore le même : déboursé du capital par le propriétaire, perte des intérêts par l'usufruitier pendant la durée de son droit.

Ces trois combinaisons sont indiquées par le Code dans l'art. 612, à propos des *intérêts* dus aux créanciers d'une succession grevée d'un usufruit à titre universel.

Charges rentrant dans cette catégorie. — Les dépenses donnant lieu à cette contribution entre le nu propriétaire et l'usufruitier sont les suivantes :

1° Les *charges extraordinaires imposées sur la propriété pendant l'usufruit* (art. 609). La loi entend parler ici des contributions insolites, telles que les emprunts forcés, les contributions de guerre levées par l'ennemi au cas d'invasion, l'indemnité due à un entrepreneur pour un desséchement de marais ordonné par l'administration, etc. Ce sont là des *charges de la propriété*, par opposition aux contributions ordinaires et autres frais annuels, qui sont *charges de fruits*.

2° Le *passif héréditaire*, au cas où l'usufruit est établi sur une succession ou sur une partie de succession. Lorsqu'une personne meurt ayant légué l'usufruit de tout ou partie de son bien et réduit par là son héritier à la nue propriété, la charge des dettes doit se répartir entre l'héritier nu propriétaire et le légataire d'usufruit (art. 612). Quand l'usufruit porte sur la totalité des biens du défunt, l'usufruitier, qui perçoit la totalité des revenus, doit supporter dans le passif la *totalité des intérêts ou arrérages des dettes*. Si son usufruit ne porte que sur une *quote-part*, il supportera seulement pour partie les intérêts passifs, et le plus souvent il n'y aura aucun calcul à faire pour déterminer sa part contributoire : elle est toute fixée d'avance, au tiers, au quart, etc., par le chiffre même de son usufruit. Parfois cependant, une estimation sera nécessaire, lorsque l'usufruit à titre universel porte sur une catégorie de biens, les meubles ou les immeubles. Il y aura lieu alors d'apprécier ce que vaut cette sorte de biens par rapport à l'ensemble de la succession, afin d'exprimer par un chiffre la quote-part de l'usufruitier dans le passif.

2823. Répartition des charges annuelles à l'ouverture et à l'extinction de l'usufruit. — Les charges qui viennent d'être indiquées pèsent sur l'usufruitier seulement pendant la durée de sa jouissance. Ainsi il n'est pas tenu des réparations d'entretien dont la cause est antérieure à son entrée en jouissance et qui étaient déjà nécessaires à ce moment. Pour les charges périodiques, comme les impôts, l'usufruitier les supporte entièrement pour les années dont il a eu la jouissance entière. Quant aux années du commencement et de la fin de l'usufruit, qui sont nécessairement incomplètes, on leur applique une règle analogue à celle qui gouverne l'acquisition des fruits civils, c'est-à-dire qu'on les répartit sur toute l'année en les divisant en 365 parties égales et on fait payer à l'usufruitier autant de ces parties que son usufruit a duré de jours dans l'année. Il y a ainsi concordance entre la répartition des charges et celle des fruits pour les années d'ouverture et d'extinction de l'usufruit.

§ 7. — *Situation du nu propriétaire pendant la durée de l'usufruit.*

A. — Ses droits et ses pouvoirs.

***2824. Droit de disposition.** — Le droit qui reste au propriétaire pendant la durée de l'usufruit, étant dépouillé de la jouissance, s'appelle *nue propriété*. Le propriétaire peut en disposer sous réserve des droits de l'usufruitier (art. 621) ; il peut vendre ; il peut hypothéquer, s'il s'agit d'immeubles ; ses créanciers peuvent saisir ; mais l'acheteur ou l'adjudicataire ne pourra entrer en jouissance qu'après l'extinction de l'usufruit. — Pour le transfert de la nue propriété d'un titre nominatif, voyez Rouen, 12 juill. 1905, D. 1905. 2. 151.

***2825. Exercice des actions contre les tiers.** — Le propriétaire conserve l'exercice des actions concernant la chose, toutes les fois que le fond du droit y est intéressé. Les tiers doivent donc avoir soin de le faire mettre en cause s'ils veulent que le jugement lui soit opposable, quand il s'agira de revendication, de contestation sur une servitude, d'action en bornage. Il se peut même que l'usufruitier n'ait pas à intervenir dans l'instance, si la contestation n'intéresse que la nue propriété ; par exemple, si le procès s'élève entre deux héri-

tiers à propos d'un fonds dont la nue propriété leur est échue et dont l'usufruit appartient à une autre personne que le défunt. — En sens inverse, il peut y avoir des procès concernant uniquement la jouissance.

2826. Frais des procès. — Si le procès n'intéressait que le nu propriétaire ou l'usufruitier, celui-là seul paye tous les frais d'une instance où son intérêt était seul en jeu (art. 612 et arg. de cet article). Si tous les deux ont été mis en cause parce que leurs intérêts étaient engagés en même temps, on propose quelquefois de faire supporter les frais du procès par le propriétaire, sauf à lui faire servir par l'usufruitier l'intérêt de ses déboursés, ce qui revient à appliquer aux procès les combinaisons employées à propos des charges exceptionnelles de la propriété (ci-dessus, nº 2822). Il serait préférable de décider que chacun d'eux supportera sans répétition ses frais personnels, et qu'ils paieront par moitié les frais faits par la partie adverse, au cas où ils perdraient leur procès et seraient condamnés aux dépens. C'est le résultat qui se serait produit, si leur adversaire les avait poursuivis séparément ; leur mise en cause conjointement ne doit pas modifier la charge des frais. — Appliquez les mêmes règles aux dommages-intérêts auxquels l'usufruitier et le propriétaire peuvent être condamnés au profit d'un tiers.

2827. Produits et émoluments exceptionnels. — Le propriétaire ne peut ni user de la chose, ni en percevoir les fruits ; toutefois son droit reparaît là où s'arrête le droit de l'usufruitier. Ainsi l'usufruitier n'a pas droit aux pieds d'arbres de haute futaie qui sont renversés par le vent ou brisés par accident, à moins qu'il n'ait des réparations à faire. Nul doute par conséquent que ces arbres n'appartiennent au propriétaire, si l'usufruitier n'en a pas besoin. Ainsi encore la moitié du trésor que la loi n'attribue pas à l'inventeur revient au propriétaire et non à l'usufruitier.

2828. Jurisprudence relative aux prêts du Crédit foncier. — Un propriétaire d'immeuble fait un emprunt au Crédit foncier et hypothèque son immeuble à la sûreté de cet emprunt. On sait que ces emprunts se remboursent en 40, 50 ou 60 ans, au moyen d'*annuités*, c'est-à-dire de sommes toujours égales pendant toute la durée du prêt. Chaque annuité comprend une portion de capital, qui va en grossissant parce que le capital non remboursé diminue à chaque versement et exige d'année en année une somme moins forte à titre d'intérêt. Au cours de l'opération, l'emprunteur meurt, laissant un usufruitier universel, ordinairement sa veuve. La Cour de cassation a décidé que, dans le montant de chaque annuité, l'usufruitier ne devait supporter que la somme représentant les intérêts du capital restant dû, et que le surplus, étant un remboursement de capital, devait rester à la charge du nu propriétaire. La quote-part de l'usufruitier diminuera donc d'année en année (Cass., 25 oct. 1898, D. 99. 1. 15). Cet arrêt a été enregistré dans les recueils comme ayant fait une application très *juridique* des principes de l'usufruit. Il est cependant aussi facile à contester au point de vue légal que regrettable au point de vue pratique. Il sape par la base tout l'édifice financier sur lequel repose le Crédit foncier : comment veut-on qu'un propriétaire qui va être privé pendant 30 ou 40 ans peut-être des revenus avec lesquels il devait être pourvu au service de l'emprunt, puisse faire face à des remboursements annuels de capitaux dont le chiffre va grossir très vite? C'est rendre *essentiellement dangereuse* pour les héritiers de l'emprunteur une opération qui se présentait avec toutes les garanties désirables de sécurité. On devrait décider que l'emprunt avec hypothèque constitue une sorte de *charge réelle*, par laquelle le propriétaire diminue, pour l'avenir et pour un temps, le revenu véritable de son immeuble. Il faut sans doute respecter les principes de l'usufruit ; mais il fallait les combiner avec le système moderne des prêts amortissables, bien que le Code civil ne les ait pas prévus.

B. — Rapports du nu propriétaire avec l'usufruitier.

***2829. Séparation de leurs intérêts.** — Il n'existe entre le nu propriétaire et l'usufruitier aucune communauté d'intérêts analogue à celle que crée l'indivision ou la société. Leurs droits, bien que coexistant sur la même

chose, sont non seulement *distincts*, mais *de nature différente*. L'indivision et la société supposent que les associés ou communistes ont des droits de même nature.

2830. Mandat tacite pour les actes conservatoires. — En principe, aucun d'eux n'a qualité pour représenter l'autre ; ils ne sont pas mandataires l'un de l'autre. Cependant on admet, dans un certain sens, une *représentation du propriétaire par l'usufruitier*, limitée à certains actes qui les intéressent à la fois tous les deux. Cette doctrine est traditionnelle, et elle se justifie par la nature spéciale des actes dont il s'agit : ce sont des *actes conservatoires*, que l'usufruitier est seul à même d'accomplir, dont il est souvent seul à pouvoir apprécier l'opportunité, et qu'il serait responsable de n'avoir point faits. Il y a là tous les éléments d'un *mandat tacite* donné par le propriétaire. On décide donc que ces actes accomplis par l'usufruitier seul profiteront, le cas échéant, au propriétaire lui-même. Telles sont les *inscriptions d'hypothèques* garantissant une créance, les actes d'*exercice des servitudes*, destinés à empêcher l'extinction par non-usage, les *actes de poursuite* contre les tiers débiteurs de sommes ou détenteurs de biens, etc.

2831. Difficulté pour le contrat d'assurance. — Parfois le contrat d'assurance sera fait par l'usufruitier et le nu propriétaire agissant conjointement ; il n'est pas douteux qu'alors le bénéfice leur en est commun. Mais que décider pour le contrat d'assurance passé soit par l'un, soit par l'autre agissant seul? Cette question est assurément plus importante que bien d'autres dont la loi s'est préoccupée, telles que les échalas de vignes et le cuir des animaux morts (art. 593 et 616) ; mais au moment où le Code a été fait, la pratique des assurances commençait à peine à se répandre. Il est possible d'abord que celui des deux intéressés qui a fait le contrat ait déclaré stipuler tant en son nom personnel qu'au nom de l'autre. Il y a alors stipulation pour autrui, ce qui donne une action contre la compagnie à celui des deux qui est resté étranger au contrat, pourvu qu'il l'ait ensuite accepté expressément ou tacitement. Cette ratification est nécessaire même de la part du propriétaire, car on ne peut admettre ici l'existence d'un mandat tacite conféré à l'usufruitier, ce mandat n'étant justifié que pour les actes que le propriétaire n'est pas à même d'accomplir pour son propre compte pendant la durée de l'usufruit, et ce n'est pas le cas pour l'assurance.

Enfin, si le contrat a été fait pour l'usufruitier ou le nu propriétaire, sans aucune mention des intérêts de l'autre, les opinions sont divisées. On décide en général que chacun stipule dans son intérêt personnel et n'est pas le gérant d'affaires d'autrui. Ce qui fait que l'assurance profite exclusivement à celui qui l'a faite, et que celui-là ne peut toucher l'indemnité que jusqu'à concurrence de la valeur de son droit, selon qu'il a la jouissance ou la nue propriété (voyez les diverses opinions émises résumées dans DALLOZ, *Suppl.*, v° Assurances terrestres, n° 40 ; Comp. VERBROECKEN, *Recueil périodique des assurances*, 1884). Cependant le seul fait d'avoir stipulé une indemnité pour la *pleine propriété*, quand on n'a qu'une partie de ce droit (l'usufruit ou la nue propriété), ne devrait-il pas raisonnablement être considéré comme une stipulation implicite pour autrui?

****2832. Absence d'obligations personnelles.** — On a vu plus haut (n° 2813) de quelle source proviennent les obligations personnelles qui pèsent sur l'usufruitier. Jamais on n'a fait prendre au propriétaire d'engagements semblables, et il n'y avait pas de raison pour le faire, puisque c'est lui seul qui court des risques en voyant sa chose passer aux mains d'un autre, et pour longtemps peut-être ; l'usufruitier n'a pas besoin d'être protégé contre lui. Aussi est-il *exempt de toute obligation personnelle* ; aucun devoir ne le lie à l'usufruitier : il subit seulement une *charge réelle* sur son bien. C'est en cela surtout que sa condition diffère de celle d'un *bailleur*.

Le bailleur est tenu de procurer la jouissance au preneur ; il est son débiteur en vertu du contrat de bail ; il doit donc faire tout ce qui est nécessaire pour exécuter ce contrat, tenir les lieux loués clos et couverts, garantir son locataire contre les tiers, l'indemniser au besoin, s'il n'y réussit pas. Rien de tout cela n'est vrai pour le nu propriétaire, qui a en face de lui un *tiers muni d'un droit réel* et non un *créancier* ; l'usufruitier ne peut rien lui demander de plus qu'au premier venu. Pourvu que le nu propriétaire ne fasse rien qui puisse diminuer ou troubler la jouissance de l'usufruitier, il est quitte envers lui : il est tenu, comme disaient les anciens jurisconsultes, seulement *ut patiatur* ou *ut abstineat*, non pas *ut faciat.*

Cependant il est possible que celui qui a constitué l'usufruit soit tenu d'obligations particulières pendant la jouissance de l'usufruitier. Par exemple, il peut être *tenu à garantie*, en cas d'éviction, si l'usufruit a été constitué à titre onéreux ou à titre de dot, mais ces obligations découlent du contrat qui a créé l'usufruit, et non de l'usufruit lui-même. Ce contrat a tout à la fois : 1° créé un droit réel et 2° engendré des obligations.

***2833. Question spéciale pour les grosses réparations.** — On a cru quelquefois trouver dans l'art. 605 une obligation à la charge du propriétaire, et qui serait considérable. Après avoir dit que l'usufruitier est tenu de faire les réparations d'entretien, la loi ajoute : « Les grosses réparations demeurent à la charge du nu propriétaire. » Cela veut-il dire simplement que l'usufruitier n'en est pas tenu? ou bien le texte signifie-t-il que le propriétaire peut être contraint à les faire? La question a été controversée et quelques auteurs l'agitent encore. Beaucoup d'entre eux, principalement M. Laurent (t. VI, n° 548), croient à l'existence d'une obligation spéciale à la charge du propriétaire. Leurs arguments sont les suivants : Dans plusieurs textes, notamment dans les art. 655 et 664, la loi emploie l'expression « être à la charge de... » à propos de personnes qui peuvent être contraintes par les autres intéressés à faire les réparations dont parlent ces articles. Il semble donc naturel de croire que ces mots ont le même sens dans l'art. 605. D'autre part, l'art. 607 dispense le propriétaire de *rebâtir* ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit. Cette dispense, établie *pour un cas spécial*, suppose bien l'existence d'une obligation en vertu de laquelle le nu propriétaire est ordinairement tenu de faire les grosses réparations quand elles deviennent nécessaires. — On peut ajouter que telle était la solution donnée, avec motifs à l'appui, par Pothier, le seul auteur ancien qui ait prévu la question (*Du douaire*, n° 276 ; *Des donations entre mari et femme*, n° 239).

Cependant l'opinion générale se prononce en sens contraire et décide que le propriétaire ne peut être contraint ni directement ni indirectement à faire les grosses réparations dont la chose grevée d'usufruit a besoin. On s'en tient strictement à la tradition romaine : l'usufruit est une charge réelle qui ne peut imposer aucune obligation au propriétaire. On fait observer que l'art. 600 le dispense de faire les réparations qui sont nécessaires au début de l'usufruit, et cependant le mauvais état de la chose à ce moment est dû à la jouissance antérieure du propriétaire ; il serait peu logique de contraindre ce même propriétaire à faire les réparations qui sont devenues nécessaires pendant l'usufruit, et qui correspondent à une période dont il n'a pas eu la jouissance. Enfin on n'a pas voulu l'obliger à faire des dépenses parfois considérables pour assurer l'exercice d'un droit qui n'est pas le sien et qui ne s'éteindra peut-être qu'après sa mort (Aubry et Rau, t. II, § 233, p. 506, texte et notes 1 et 2 ; § 235, p. 522 et 523, textes et notes 8 et 9 ; Huc, t. IV, n° 225). La jurisprudence est constante en ce sens (Cass., 1er avril 1889, D. 91. 1. 413 ; Cass., 10 déc. 1900, D. 1901. 1. 209).

2834. Question subsidiaire pour les intérêts des grosses réparations. — Le propriétaire n'est pas obligé de faire les grosses réparations, mais souvent, en fait, il les exécute volontairement. Est-il alors fondé à demander que l'usufruitier lui tienne compte des intérêts de ses déboursés? Pothier lui-même répondait négativement, parce que, dit-il, « on ne doit pas imposer à l'usufruitier plus de charges que la loi ne lui en impose ; la loi l'ayant

chargé des réparations viagères (d'entretien) seulement, il ne doit être en aucune manière tenu des grosses » (*Des donations entre mari et femme*, nº 240). Son avis est généralement suivi. Le résultat est que les nu propriétaires s'abstiennent jusqu'à la dernière extrémité de faire ces réparations. Tout cela est bien peu raisonnable. Ne vaudrait-il pas mieux assimiler les grosses réparations aux *charges exceptionnelles* imposées à la propriété pendant l'usufruit, dont parle l'art. 609 et qui sont mises à la charge du propriétaire pour le capital, de l'usufruitier pour les intérêts? Comp. l'observation de Bugnet, dans son édition de Pothier, t. VII, p. 541, note 1.

***2835. Dispense de rebâtir.** — L'art. 607 dit que « ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit ». Appliquée à l'usufruitier, cette dispense signifie qu'il n'est pas tenu de réparer les dégâts qui ne sont pas imputables à sa négligence ; sa responsabilité ne serait engagée que si la ruine du bâtiment était due à un défaut d'entretien.

Appliquée au propriétaire, cette dispense est plus difficile à comprendre. Si l'on admet, comme l'a fait la jurisprudence, que le propriétaire n'est pas tenu des grosses réparations, l'art. 607 est entièrement inutile en ce qui le concerne : il ne peut pas être obligé de reconstruire ce qu'il n'était pas obligé d'entretenir (1).

***2836. Possibilité d'agir contre l'usufruitier.** — Quand le propriétaire qui surveille sa chose s'aperçoit que les obligations de l'usufruitier ne sont pas remplies, que celui-ci ne fait pas les réparations d'entretien ou procède à des coupes qu'il n'a pas le droit de faire, peut-il *exercer immédiatement une action contre lui?* On a prétendu que le propriétaire était obligé d'attendre l'extinction de l'usufruit, parce que l'usufruitier n'a pas d'autre obligation que de lui restituer la chose en bon état à la fin de l'usufruit, et que la présence d'une caution garantit le propriétaire contre tout dommage. — Réponse : D'abord, il y a beaucoup d'usufruitiers qui ne fournissent pas de caution ; ensuite ils sont tenus à jouir en bons pères de famille, et c'est là une obligation qu'ils doivent remplir pendant toute la durée de leur droit ; pour que l'action du propriétaire fût suspendue, il eût fallu que la loi en ajournât l'exercice par un terme, ce qu'elle n'a pas fait. Loin de là : elle permet au propriétaire d'agir en déchéance avant l'expiration de l'usufruit, ce qui suppose, à plus forte raison, le droit d'exiger l'accomplissement des obligations de l'usufruitier.

Toutefois l'action immédiate n'est recevable de la part du nu propriétaire qu'à la condition de prouver la réalité du préjudice que lui cause l'usufruitier, et il est possible qu'il ne soit pas en état de faire cette preuve. Exemple : L'usufruitier fait une coupe dans un taillis trois ans plus tôt qu'il n'aurait dû. Il y aura perte pour le propriétaire si l'usufruit finit avant l'époque normale de la coupe, car il ne trouve que des arbres tout jeunes au lieu des bois plus âgés sur lesquels il pouvait compter. Mais si l'usufruit dure encore plus de trois ans et s'éteint avant que la coupe suivante ne soit faite, l'anticipation commise par l'usufruitier tourne à l'avantage du nu propriétaire, car les bois qui lui reviennent ont trois ans de plus que si la coupe précédente avait été faite à l'époque régulière. Le résultat est donc incertain et le dommage ne peut être prouvé.

(1) Quelques auteurs cependant veulent trouver un sens à cet article, tout en suivant la jurisprudence sur la question des grosses réparations. D'après eux, l'art. 607 aurait été écrit précisément pour trancher cette question contre les prétentions de l'usufruitier, selon la solution adoptée en jurisprudence (Huc, t. IV, nº 225). Ils pensent, en effet, que les grosses réparations ne peuvent être rendues nécessaires que par l'effet de la vétusté ou par un cas fortuit. C'est se méprendre totalement sur le sens des mots. La disposition de l'art. 607, comme celle de l'art. 605, est tirée de Pothier (*Des donations entre mari et femme*, nº 239). Or Pothier faisait une distinction très claire entre les *grosses réparations*, qui supposent que le bâtiment est encore debout, et la *reconstruction*, qui suppose que la maison est totalement périe. Il mettait les réparations à la charge du propriétaire, et non la reconstruction. Il est visible que cette antithèse se retrouve encore dans la loi, et cela prouve qu'on a fait fausse route en dispensant le propriétaire de faire les grosses réparations.

§ 8. — *Causes d'extinction de l'usufruit.*

2837. Énumération. — Neuf causes différentes peuvent mettre fin à l'usufruit : 1° la *mort* de l'usufruitier ; 2° l'arrivée du *terme* ; 3° la *perte totale* de la chose ; 4° la *renonciation* de l'usufruitier ; 5° le *non-usage* pendant trente ans ; 6° l'*usucapion* accomplie au profit d'un tiers ; 7° la *consolidation* ; 8° la *déchéance* pour abus de jouissance ; 9° la *résolution* du droit du constituant.

Les usufruits légaux ont en outre certaines causes d'extinction qui leur sont propres. Par exemple l'*émancipation* de l'enfant met fin à l'usufruit paternel (art. 384) ; le *second* mariage du conjoint survivant lui enlève son droit d'usufruit sur les biens de son conjoint prédécédé (L. 14 juillet 1866 ; L. 9 mars 1891).

D'autre part, le *quasi-usufruit* ne comporte pas d'autre cause d'extinction que la mort de l'usufruitier ou l'arrivée du terme ; mais, comme il n'existe jamais qu'à l'état d'accessoire d'un usufruit universel, il est englobé dans l'effet extinctif du mode qui met fin au droit principal de l'usufruitier.

1° Mort de l'usufruitier.

****2838. Caractère essentiellement viager de l'usufruit.** — La mort de l'usufruitier est la fin naturelle de l'usufruit, qui a pour caractère essentiel d'être viager. Ce démembrement de la propriété peut rendre des services dans certaines circonstances, mais il crée un état de choses qui est fâcheux en lui-même, et la loi ne veut pas qu'il se prolonge. Il y a donc là un intérêt général en jeu, et toute clause qui tendrait à faire durer l'usufruit au delà de la vie de l'usufruitier serait nulle par application de l'art. 6.

Le droit de l'usufruitier n'est donc pas transmissible héréditairement. Pour exprimer cette règle, on dit parfois que l'usufruit est un *droit personnel.* On n'entend pas nier par là que ce soit un droit réel, car sa réalité ne saurait faire de doute. Le mot « personnel » a ici un sens particulier ; il veut dire « qui meurt avec la personne et ne passe pas aux héritiers ».

***2839. Des usufruits réversibles.** — Malgré ce qui vient d'être dit, on voit assez souvent en fait des usufruits constitués *sur plusieurs têtes*, et réversibles de l'un à l'autre, sans que ce genre de disposition viole la règle qui rend l'usufruit viager. En effet peuvent seules être appelées à bénéficier de cette constitution d'usufruit les personnes qui étaient déjà vivantes (nées ou tout au moins conçues), soit au moment de la convention, si l'usufruit est constitué entre vifs, soit au moment du décès, s'il est établi par testament. On verra donc se produire une succession d'usufruits, un second ou même un troisième bénéficiaire obtenir la jouissance, après la mort du premier ou du second ; mais en somme le constituant n'aura pas fait durer l'usufruit plus longtemps que s'il l'avait établi directement au profit du dernier survivant. Le seul avantage qu'on trouve dans cette clause de réversibilité, c'est qu'on peut faire profiter tout un groupe de personnes de la totalité du revenu des biens compris dans l'usufruit, et cela sans diminution jusqu'au décès du dernier mourant.

2° Arrivée du terme.

***2840. Possibilité d'établir un terme extinctif.** — L'usufruit ne peut pas être prolongé au delà de la vie de l'usufruitier, mais il est permis de lui assigner un terme capable d'y mettre fin plus tôt. L'usufruit établi à terme s'éteindra donc soit par l'arrivée du terme du vivant de l'usufruitier, soit par la mort de celui-ci si elle a lieu avant l'arrivée du terme.

L'art. 620 est ainsi conçu : « L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. » C'est une pure interprétation de volonté. La loi suppose que l'indication de l'âge a été donnée comme terme extinctif, et qu'on n'a pas voulu faire de la vie de ce tiers une condition nécessaire pour le maintien de l'usufruit. Mais l'intention des parties pourrait être contraire. Si par exemple les revenus de l'usufruit avaient été accordés avec affectation spéciale à l'entretien ou à l'éducation d'un enfant, l'usufruit s'éteindrait même avant l'arrivée de l'époque prévue, par l'effet de la mort de l'enfant.

***2841. Rareté des usufruits à terme.** — Il est rare que les usufruits établis par les particuliers soient soumis par eux à un terme extinctif. L'usufruit étant accordé en considération de la personne, est généralement constitué pour durer autant qu'elle. Mais les textes nous fournissent divers exemples de terme extinctif établi d'office par la loi.

a) « L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que 30 ans », dit l'art. 619. La loi vise ici les personnes morales, telles que l'État, les villes, les établissements publics, les sociétés, congrégations, etc. Ces personnes ne meurent pas, ou du moins leur extinction est un fait bien rare ; on peut citer comme exemples d'extinction le retrait de l'autorisation accordée à une congrégation religieuse et la suppression d'un établissement public. Étant immortelles, les personnes fictives conserveraient indéfiniment leur droit d'usufruit, ce qui réduirait à néant la nue propriété. Voyez toutefois sur la possibilité d'assurer la jouissance d'un capital à une personne morale pendant 100 ans, Cass., 20 mars 1905, D. 1908. 1. 89.

b) L'usufruit accordé aux père et mère par l'art. 384 prend fin quand l'enfant atteint l'âge de 18 ans.

c) L'usufruit accordé au conjoint survivant cesse quand ce conjoint contracte un second mariage, soit d'une façon absolue (usufruit spécial pour les droits d'auteur, L. 14 juillet 1886, art. 1er, al. 4), soit seulement quand il existe des descendants de l'époux prédécédé (usufruit successoral de droit commun, L. 9 mars 1891, art. 767 C. civ.). — Une cause analogue d'extinction est fréquemment établie par convention dans les donations mutuelles d'usufruit entre conjoints.

3° Perte totale de la chose.

***2842. Effet de la perte totale.** — Quand la chose grevée d'usufruit vient à périr, l'usufruit s'éteint *faute d'objet.* « Où il n'y a rien le roi perd son droit », dit un vieil adage. L'usufruitier n'a pas même droit aux débris qui peuvent subsister de la chose. La loi le dit pour les cuirs des animaux morts (art. 615 et 616) et pour le sol et les matériaux d'un bâtiment écroulé ou incendié (art. 624, al. 1er).

***2843. Effet de la perte partielle.** — La loi suppose une perte totale. Si la perte n'est que partielle, l'usufruit continue sur ce qui reste de la chose (art. 623). Par exemple, si le bâtiment détruit faisait partie d'un corps plus considérable, l'usufruitier a le droit de jouir du sol et des matériaux (art. 624, al. 2).

***2844. Droit de l'usufruitier sur l'indemnité d'expropriation.** — Quand l'usufruit portait sur un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique, le droit de l'usufruitier est reporté de la chose sur l'indemnité. Le Code civil n'avait pas statué sur ce point, parce que Pothier ne s'en était pas occupé, mais la situation a été réglée par la loi du 3 mai 1841 (art. 39). On ne fixe pas une indemnité spéciale pour l'usufruitier, comme on le fait pour les locataires, fermiers et autres ayants droit. C'est la somme allouée par le jury comme représentant la *valeur entière de l'immeuble*, qui est remise à l'usufruitier pour qu'il en jouisse à la place du bien exproprié. Seulement, comme les dangers que court le propriétaire sont beaucoup plus grands maintenant que l'usufruitier a entre les mains des deniers comptants au lieu d'un immeuble, la loi exige qu'il fournisse *caution*, même quand il en avait été dispensé par le Code ou par son titre (1). Les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants mineurs de 18 ans, sont seuls exempts de cette obligation.

(1) C'est au nu propriétaire qu'incombe le soin de réclamer cette caution, au cours des opérations de l'expropriation, et, s'il ne l'obtient pas, d'adresser à l'Administration une

***2845. Droit de l'usufruitier sur les indemnités d'assurance.** — L'usufruitier a droit à l'indemnité dans deux cas : 1° s'il est assuré lui-même pour son compte ; 2° si le bénéfice de l'assurance, contractée soit avant, soit pendant l'usufruit par le propriétaire, est déclaré commun aux deux intéressés (voyez ci-dessus, n° 2831). Au premier cas, l'assureur ne doit payer à l'usufruitier que la valeur de son usufruit ; au second cas, qui est le plus ordinaire, la somme payée par la compagnie doit représenter la valeur vénale des bâtiments détruits, et elle appartient comme capital au nu propriétaire, et pour la jouissance à l'usufruitier, jusqu'au jour où son usufruit se serait éteint si le sinistre n'avait pas eu lieu. Enfin, si le contrat a été fait au profit exclusif du propriétaire, l'usufruit est éteint sans compensation, et le nu propriétaire touche immédiatement l'indemnité.

Le Code civil allemand, qui met l'assurance à la charge de l'usufruitier, décide naturellement que son droit s'étend à l'indemnité (art. 1046). Il ajoute cette disposition fort sage, que le propriétaire, aussi bien que l'usufruitier, peut demander que cette indemnité soit employée à la réfection de la chose.

4° Renonciation.

2846. Formes de la renonciation. — L'usufruitier peut renoncer à son droit de différentes façons. Sa renonciation peut être *unilatérale*, auquel cas il y a un simple abandon fait par lui, sans convention aucune avec le propriétaire. La renonciation unilatérale n'est soumise à *aucune forme particulière* ; l'usufruitier peut, s'il le veut, faire rédiger un acte notarié pour constater sa volonté, mais cela n'est pas nécessaire. La renonciation peut être tacite et s'induire des circonstances.

La renonciation peut également se faire *par convention*, au moyen d'une entente avec le propriétaire. Si l'usufruitier se fait payer sa renonciation, soit en argent, soit en stipulant un dédommagement sous une autre forme, la renonciation, ayant lieu alors *à titre onéreux*, n'est soumise à aucune formalité spéciale, si ce n'est à la règle générale de l'art. 1341, qui exige une *preuve écrite* pour toutes les conventions quand l'intérêt en jeu dépasse 150 francs. Si la renonciation intervenait comme *transaction*, en cas de litige commencé ou imminent, les conditions prescrites pour les transactions par l'art. 2045 devraient être observées. Enfin, lorsque l'usufruitier renonce à son droit gratuitement, sans demander aucune compensation, l'acte *vaut donation*, mais il n'est pas soumis aux formes spéciales des donations entre vifs (rédaction d'un acte notarié, et transcription, s'il s'agit d'immeubles), parce qu'il y a extinction et non translation de droits. La renonciation a ses formes propres et ses effets à elle. La dispense des formes particulières des donations est mise hors de doute par la comparaison avec la *remise de dette* (art. 1282 et suiv.), qui n'est pas soumise à ces formes, même quand elle se fait gratuitement.

2847. Renonciation au profit d'un tiers. — La renonciation peut avoir lieu en apparence au profit d'un tiers, par exemple quand l'usufruitier renonce à son droit en faveur d'un acheteur, au moment où le nu propriétaire vend la chose grevée d'usufruit ; mais même alors la renonciation se fait au profit du nu propriétaire ; c'est à lui qu'elle profite en lui permettant de donner à l'acheteur l'entrée en jouissance immédiate, ce qui fait vendre la chose plus avantageusement.

2848. Renonciation frauduleuse. — La renonciation de l'usufruitier en fraude des droits de ses créanciers peut être annulée sur la demande de ceux-ci (art. 622). Cet article soulève une difficulté spéciale qui sera étudiée dans le tome II, n° 313, à propos de l'art. 1167 et de l'*action paulienne*.

5° Non-usage pendant trente ans.

2849. Motifs. — L'usufruit s'éteint lorsque l'usufruitier reste trente ans sans user de son droit (art. 617, al. 5). C'est l'application d'une règle géné-

opposition à paiement. Cependant, dans la pratique, la ville ou l'autorité expropriante ne remet les fonds à l'usufruitier qu'après qu'il a justifié de l'engagement d'une caution. J'estime que la responsabilité de l'Administration ne serait pas engagée, si elle omettait cette précaution.

rale : tous les droits réels, autres que la propriété, s'éteignent au bout de ce temps par l'effet d'une prescription extinctive (art. 2262 et ci-dessus, nº 2446).

La loi ne distingue pas entre les meubles et les immeubles : le délai est toujours de trente ans.

2850. Conditions. — Il faut supposer un défaut d'exercice *complet*. Un usage partiel, même abusif, suffirait pour empêcher l'extinction du droit.

Il faut supposer aussi un non-usage *continu*. Un seul acte de jouissance, s'il pouvait être prouvé, empêcherait également l'extinction du droit. Il n'y a pas à distinguer si les actes de possession, qui ont un effet interruptif de prescription, sont faits par l'usufruitier ou par quelqu'un agissant en son nom, comme un locataire ou un fermier.

Il y a suspension du délai au profit des incapables (art. 2252).

6º Usucapion accomplie par un tiers.

2851. Caractères particuliers. — L'extinction de l'usufruit est la conséquence indirecte de l'acquisition de la propriété qui se réalise au profit du possesseur. Cette cause d'extinction diffère de la précédente : 1º en ce qu'elle suppose *qu'un tiers a pris possession* de la chose grevée d'usufruit et s'est substitué ainsi à l'usufruitier, tandis que l'extinction par non-usage a lieu lorsque le bien est resté inoccupé et abandonné ; 2º en ce que l'extinction est parfois *plus rapide* : l'extinction par non-usage exige toujours trente ans ; l'usucapion au profit d'un tiers peut s'accomplir par dix à vingt ans, si ce tiers a juste titre et bonne foi. — Le tiers possesseur prescrit à la fois contre deux personnes, contre l'usufruitier et contre le nu propriétaire, et il se peut que la prescription s'achève plus vite pour l'un que pour l'autre, par exemple si l'un est domicilié dans le ressort de la Cour d'appel où se trouve situé le bien, tandis que l'autre habite au loin : contre le premier il suffit de dix ans, contre le second il en faudra vingt (art. 2265).

7º Déchéance pour abus de jouissance.

***2852. Origine et justification.** — De toutes les causes d'extinction de l'usufruit, c'est la plus intéressante à étudier au point de vue juridique. Elle était *inconnue en droit romain* ; aussi Domat n'en parle pas. Elle s'est introduite dans notre *ancienne jurisprudence*, à titre de disposition exceptionnelle relative aux *douairières*. Un grand nombre de renseignements sur cette jurisprudence se trouvent rassemblés dans l'édition de la *Coutume de Bretagne*, donnée par Poullain du Parc (t. III, p. 265-278). Comp. Pothier, *Traité du douaire*, nº 262. — Le Code a généralisé ces dispositions en les étendant à tous les usufruitiers.

L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de certaines obligations rigoureuses ; leur observation doit être considérée comme la *condition d'existence* de son droit. Dans ses rapports avec le nu propriétaire, il se trouve à peu près dans la situation d'une partie liée par un *contrat synallagmatique*. S'il n'exécute pas ses obligations, le droit qui lui avait été conféré pourra lui être enlevé. La déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance ressemble donc beaucoup, par son principe, par ses conditions et par ses effets, à la résolution des contrats pour inexécution par l'une des parties. Pour cette règle importante, voyez l'art. 1184, qui formule le principe général, et les art. 953 et 1654, qui en font l'application aux donations et aux ventes.

***2853. Définition de l'abus.** — D'après l'art. 618, il y a abus de jouissance lorsque l'usufruitier commet des dégradations sur le fonds ou lorsqu'il le laisse dépérir faute d'entretien. Ce sont là des *cas particuliers*, et il faut généraliser : il y a lieu à déchéance toutes les fois que l'usufruitier

manque à ses obligations d'une manière assez grave pour compromettre les biens soumis à l'usufruit.

****2854. Formes de la déchéance.** — La déchéance n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être *prononcée par autorité de justice.* La loi donne seulement au nu propriétaire une action à l'effet d'obtenir le jugement de déchéance, en fournissant la preuve des faits qui constituent l'abus. Cette façon d'opérer est encore l'application des règles générales. Voyez les art. 956, 1184 et 1654-1656, sur l'action en résolution en matière de contrats.

***2855. Pouvoirs des juges.** — Les juges saisis de la demande jouissent d'un pouvoir discrétionnaire ; mais ils ne doivent prononcer la déchéance que pour des faits très graves. Le plus souvent l'extinction pure et simple de l'usufruit pourra être évitée par d'autres mesures, qui donneront pleine sécurité au propriétaire, sans dépouiller l'usufruitier des ressources qu'il tire de l'usufruit. Par exemple, les juges ordonneront la restitution des biens au propriétaire à la charge de payer annuellement à l'usufruitier une somme représentant le bénéfice de l'usufruit, jusqu'au jour où ce droit aura pris fin par la mort de l'usufruitier ou autrement (art. 618).

On peut aussi recourir aux mesures prescrites par les art. 602 et 603, qui sont prises lorsque l'usufruitier ne trouve pas de caution et qui paraissent suffisantes pour écarter tout danger. Voyez ci-dessus, n° 2770.

Enfin les juges peuvent procéder d'une manière plus simple encore et laisser l'usufruitier en jouissance, à la condition qu'il fournisse au propriétaire des *garanties pour l'avenir*, par exemple une caution, s'il avait été dispensé d'en donner, ou un nantissement au moyen d'un dépôt de titres.

Dans tous les cas, que les juges prononcent la déchéance de l'usufruitier ou qu'ils le maintiennent en jouissance, il y a lieu d'ordonner, aux frais de l'usufruitier, la *réparation du préjudice* causé au propriétaire par les actes abusifs qui ont motivé la demande en déchéance.

***2856. Intervention des créanciers.** — Souvent l'usufruitier est pauvre et grevé de dettes. Ses créanciers auraient grand intérêt à éviter la déchéance, car ils peuvent compter pour être payés sur les revenus qu'il tire de son usufruit. La loi leur donne le *droit d'intervenir dans l'instance*, pour défendre leurs intérêts. Ils pourront, par exemple, éviter le jugement de déchéance en offrant au propriétaire : 1° la réparation des dommages antérieurs ; 2° des garanties pour l'avenir, que l'usufruitier est peut-être hors d'état de lui fournir s'il n'a pas de fortune personnelle (art. 618, al. 2).

8° Résolution du droit du constituant.

2857. Principe. — Cette cause d'extinction, que la loi n'a pas prévue, résulte des principes généraux : celui qui n'a sur un bien qu'un droit résoluble ne peut conférer à des tiers sur cette chose que des droits résolubles comme le sien. Si son droit vient à disparaître, ceux de ses ayants cause tombent par voie de conséquence ; ce qu'on exprime par la formule : « Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. »

9° Consolidation.

2858. Définition. — Les Romains appelaient *consolidatio* l'acquisition de la propriété par l'usufruitier. « Finitur usus fructus... si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur » (*Institutes*, liv. II, tit. 4, § 3. — Comp. Paul, *Sententiæ*, III. 6, 28). La consolidation éteint l'usufruit parce que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : « Nemini res sua servit. » D'ailleurs « perte de l'usufruit » ne signifie pas ici « perte de la jouissance » : loin de là, l'ancien usufruitier possède désormais un droit de jouissance impérissable et transmissible, seulement ce droit lui appartient en sa qualité de propriétaire, et non plus en sa qualité d'usufruitier.

2859. Critique d'une opinion moderne. — Quoi qu'en disent quelques auteurs, la consolidation ne peut pas se produire en la personne du nu propriétaire. Ce qui les induit en erreur, c'est la façon dont les auteurs du Code se sont exprimés dans l'art. 617 pour définir la consolidation : « la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. » Cette réunion, dit-on, est possible aussi bien en la personne de l'un qu'en la personne de l'autre. Il suffit pourtant d'un peu de réflexion pour se convaincre que la consolidation en la personne du nu propriétaire est une invention inutile. On conçoit que l'usufruitier puisse acquérir la nue propriété, laquelle est un droit transmissible : la maxime « Nemini res sua servit » intervient alors pour mettre fin à l'usufruit, *qui s'éteint sans qu'aucune cause d'extinction autre que la consolidation ait eu à fonctionner*. Mais tous les faits qui permettent au nu propriétaire de réunir l'usufruit à la propriété peuvent être considérés comme des causes d'extinction, sans qu'on ait besoin de recourir à l'idée d'une consolidation. Succède-t-il à l'usufruitier? Le droit de celui-ci s'est éteint par son décès. Lui achète-t-il l'usufruit ou se le fait-il donner? Il y a renonciation payée ou gratuite de la part de l'usufruitier. On n'a donc jamais besoin d'appliquer la maxime « Nemini res sua servit » lorsque l'usufruit fait retour au propriétaire. C'est seulement quand l'usufruitier acquiert la nue propriété qu'il y a lieu d'admettre une cause spéciale d'extinction sous le nom de consolidation.

§ 9. — *Conséquences de l'extinction de l'usufruit.*

2860. Cas où il n'y a rien à régler. — Quand l'usufruit est éteint, il y a lieu ordinairement à la restitution des biens et à un règlement de comptes, mais ces conséquences ne se produisent pas toujours. Ainsi, *en cas de consolidation*, il n'y a ni compte à régler ni restitution à faire, l'usufruitier ayant acquis lui-même la chose. Il en sera de même si l'usufruit prend fin par l'effet d'une *usucapion accomplie au profit d'un tiers*, à moins que la responsabilité de l'usufruitier ne se trouve engagée par un défaut de surveillance de sa part, qui a permis au tiers d'usucaper. Même remarque pour le cas de *perte totale de la chose*.

2861. Cessation de la jouissance. — L'effet immédiat de l'extinction de l'usufruit est le déplacement de la jouissance, qui fait retour au nu propriétaire. Par conséquent, les fruits naturels encore sur pied lui appartiennent, aucune récolte ne peut plus être faite par les héritiers de l'usufruitier. Le gain des fruits civils s'arrête immédiatement. Les biens compris dans l'usufruit doivent être restitués sans délai. Cependant, si l'usufruit portait sur une maison d'habitation, où l'usufruitier logeait avec sa famille, le nu propriétaire ne peut contraindre les héritiers à déloger qu'après les délais fixés par l'usage des lieux (arg. art. 1736) ; mais cette jouissance qui leur est accordée à titre de répit ne peut pas être gratuite, et s'ils veulent en profiter ils devront tenir compte au propriétaire de la valeur locative des lieux qu'ils occupent.

Depuis la loi du 25 février 1901, un droit proportionnel est dû, si l'extinction de l'usufruit arrive avant son terme légal (Cass., 21 déc. 1909, D. 1910. 1. 305).

A. — Action du propriétaire contre l'usufruitier.

***2862. Nature de l'action en restitution.** — Rigoureusement, le propriétaire devrait être réduit à la *revendication*, action réelle qui suppose la preuve de

son droit de propriété. Mais le propriétaire peut exercer contre l'usufruitier ou ses héritiers une *action personnelle*, et il a le droit d'obtenir la restitution sur la simple preuve que les choses qu'il réclame ont été jadis remises à l'usufruitier par lui ou par ses auteurs, pour en jouir sa vie durant. L'origine de cette obligation particulière se trouve, comme pour celles dont il a déjà été parlé, dans les engagements que faisait prendre le préteur aux usufruitiers. « Æquissimum prætori visum est *de utroque* legatarium cavere, et *usurum* se boni viri arbitratu, et quum usus fructus ad eum pertinere desinet, *restituturum* quod inde extabit » (Ulpien, au *Digeste*, liv. VII, tit. 9, fr. 1). L'engagement pris par l'usufruitier avait donc un *double objet* : la façon d'exercer son droit et la restitution des biens.

2863. Moyens de preuve accordés au propriétaire. — Régulièrement la preuve des objets mobiliers que le propriétaire réclame à l'usufruitier ou à ses représentants, doit se faire *à l'aide de l'inventaire* qui a dû être dressé avant l'entrée en jouissance. A défaut d'inventaire, on autorise le propriétaire à faire sa preuve par témoins, par présomptions, et même par commune renommée (1) (Pau, 28 mai 1887, S. 88. 2. 117 ; Demolombe, t. X, nº 472 ; Aubry et Rau, t. II, § 229, p. 473 ; Huc, t. IV, nº 212). C'est une dérogation aux principes : l'art. 1341 exige une preuve écrite « pour toutes choses » dépassant 150 francs, et l'on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels, prévus par l'art. 1348, où il est impossible de se ménager une preuve écrite. Il faudrait un texte spécial, qui n'existe pas, et la solution courante est à juste raison critiquée par Laurent (t. VI, nº 503), mais elle est universellement établie dans la doctrine française.

***2864. Ce qui doit être restitué.** — En principe, la restitution a pour objet *les choses mêmes* qui ont été livrées à l'usufruitier. Celui-ci est détenteur de corps certains dont la propriété appartient à autrui, et qu'il doit conserver afin de les rendre, le jour venu. Cependant, dans les différents cas où il acquiert la propriété des choses soumises à son droit de jouissance (ci-dessus, nº 2479), son obligation change d'objet. Devenu propriétaire, il peut détruire, consommer, aliéner ; il doit seulement l'*équivalent* de ce qu'il a reçu. En principe, cet équivalent doit être fourni *en nature*, c'est-à-dire que l'usufruitier doit se procurer, pour les livrer au propriétaire, des choses de même genre, *en même quantité et de même qualité* (art. 587). La loi ajoute à tort « et de même valeur ». Ce mot est de trop : la valeur des choses est essentiellement variable ; l'usufruitier rendrait presque toujours trop ou trop peu, s'il rendait des objets de même valeur. Ce qu'il doit rendre, c'est l'équivalent réel de ce qu'il a reçu, abstraction faite de la hausse ou de la baisse des prix.

Cette façon de restituer est pleine d'inconvénients. Les héritiers de l'usufruitier rencontreront les plus grandes difficultés pour se procurer des choses pareilles à celles que

(1) La preuve par commune renommée est une preuve exceptionnelle, fondée sur des *on dit* et sur des renseignements de seconde et de troisième main, tandis que la preuve par témoins repose sur la déclaration de gens qui affirment ce qu'ils ont vu ou entendu directement par eux-mêmes. La preuve par commune renommée a une tendance à enfler les choses qui la rend extrêmement dangereuse ; aussi la loi ne l'autorise jamais qu'à titre de peine (art. 1415, 1442 et 1504).

leur auteur avait reçues bien des années auparavant. S'ils en trouvent, ce sera souvent une autre difficulté que d'apprécier l'égalité de qualité entre les choses restituées et celles qui ont été anciennement comprises dans l'usufruit. — De là la grande utilité pratique d'un *procédé de simplification*, qui consiste à estimer au début de l'usufruit les choses dont l'usufruitier acquiert la propriété et à l'obliger seulement à rendre le *montant de l'estimation*. C'est ce qui se fait d'ordinaire.

L'art. 587 semble accorder à l'usufruitier le choix de rendre des choses pareilles ou l'estimation ; mais il ne faut pas s'y tromper : son obligation n'est pas *alternative*, l'objet dû est déterminé d'une manière invariable. En principe, c'est l'équivalent en nature qui doit être fourni ; par exception, ce sera l'équivalent en argent, si les parties l'ont voulu ; mais l'usufruitier n'aura *jamais d'option à exercer*.

2865. Preuve à fournir pour la libération de l'usufruitier. — On a vu que l'usufruitier est *débiteur* des biens grevés d'usufruit. S'il se trouve dans l'impossibilité de restituer, il doit prouver que la chose *a péri sans sa faute*, car celui qui est débiteur de corps certains n'est libéré qu'autant qu'il prouve que la perte de la chose est due à un cas fortuit (art. 1302). Par conséquent l'usufruitier fera bien de conserver tous les objets usés ou hors de service, afin d'en représenter les restes au propriétaire, à moins qu'ils ne lui aient été livrés sur estimation et qu'il ne soit débiteur de la valeur.

2866. Responsabilité de l'usufruitier en cas d'incendie. — Le principe qui vient d'être indiqué reçoit une application remarquable au cas où un bâtiment sujet à usufruit est détruit par un incendie. L'usufruitier n'est pas libéré de toute responsabilité envers le nu propriétaire par le seul fait de l'incendie, car le feu n'a pas toujours une cause fortuite ; il peut avoir été mis à la maison par la négligence ou l'imprudence de l'usufruitier. Celui-ci devra donc prouver non seulement qu'il y a eu incendie, ce qui ne lui sera pas difficile mais de plus que la cause du feu a été purement fortuite et ceci lui sera très souvent impossible. Il devient par là presque nécessaire pour l'usufruitier de faire assurer la chose, afin de couvrir sa responsabilité envers le nu propriétaire. La perte est alors supportée par l'assu, reur. Sur la responsabilité de l'usufruitier en cas d'incendie, voyez Cass., 4 juill. 1887-D. 87. 1. 351, S. 87. 1. 465.

B. — Comptes à établir.

2867. Détériorations. — Si les choses que l'usufruitier restitue ont subi des détériorations causées *par sa faute*, et à plus forte raison s'il y a eu *dol*, il est tenu d'indemniser le propriétaire, et son obligation à cet égard est garantie par sa caution, quand il en a été fourni une. Quant aux détériorations qui proviennent de son *simple fait* exempt de faute, c'est-à-dire celles qui sont le résultat de l'usage normal des choses, il faut faire une *distinction* entre les meubles et les immeubles.

1° Pour les *immeubles*, comme l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, toute détérioration qui est le résultat de l'usage qu'il en a fait est à sa charge. Il peut même arriver, par suite d'un défaut d'entretien prolongé, que l'usufruitier se trouve finalement obligé de supporter les frais d'une grosse réparation devenue nécessaire par sa négligence. La situation primitive des immeubles sera connue par l'état qui a dû en être dressé au début de l'usufruit ; mais on n'est pas d'accord pour le cas où la rédaction de cet état aura été omise. La plupart des auteurs pensent que l'usufruitier devra être présumé avoir reçu les immeubles en bon état, par analogie avec le locataire (Dalloz, *Répert.*, v° Usufruit, n° 377 ; *Suppl.*, n° 168). Mais d'autres font très justement remarquer que l'argument d'analogie qu'on prétend tirer de l'art. 1731 n'existe pas : on comprend cette présomption contre le locataire qui peut exiger la mise des biens en état (art. 1720) ; on ne la comprend pas contre l'usufruitier qui prend les biens dans l'état où il les trouve (Laurent, t. VI, n° 504 ; Huc, t. IV, n° 212).

2° Pour les *meubles*, la loi est beaucoup plus favorable à l'usufruitier. Elle le dispense de remplacer les objets mobiliers qui se détériorent inévitablement par l'usage même le

plus modéré, comme le linge et les meubles meublants (art. 589). Il est quitte en les représentant à la fin de l'usufruit, dans l'état où ils se trouvent.

****2868. Améliorations.** — Supposons que l'usufruitier a *amélioré* les biens : il a, par exemple, fait des embellissements dans les constructions ; sur les terres il a fait des *plantations*, exécuté des travaux de *défrichement* ou de *drainage*, etc. A-t-il droit à une indemnité? Non. L'art. 599 lui refuse *expressément* tout droit à indemnité « à raison des améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ». D'après le discours du tribun Gary au Corps législatif, ce refus d'indemnité a été fondé sur une *double raison* : 1° on a voulu étouffer des contestations qui ne manqueraient pas de naître, car les améliorations que l'usufruitier prétendrait avoir faites ne seraient pas toujours évidentes ; 2° la solution contraire aurait pour résultat de grever le propriétaire de restitutions parfois onéreuses, et cela pour des travaux qu'il n'aurait peut-être jamais songé à exécuter lui-même. L'usufruitier qui entreprend des améliorations doit donc se dire qu'il dépense son argent sans espoir de recours et uniquement pour sa satisfaction personnelle, pendant le temps indéterminé que pourra durer sa jouissance.

Tempérament de la règle. — Cette décision est fort rigoureuse ; aussi importe-t-il de bien fixer les *limites où s'arrête l'application de l'art.* 599. S'il y a eu sur le domaine un ensemble de travaux ayant produit à la fois des améliorations et des détériorations par le remaniement des plantations ou des constructions, il n'est que juste d'établir la *balance* entre elles et de tenir compte des unes et des autres pour apprécier le résultat des changements faits par l'usufruitier. Souvent même ces modifications en bien ou en mal ne pourraient pas s'estimer séparément. Tout compte fait, si les améliorations de l'usufruitier ne lui donnent point droit de réclamer une indemnité, elles pourront du moins le dispenser d'en payer une à raison des suppressions d'arbres ou de bâtiments qu'il a pu faire : on doit le considérer comme ayant réparé lui-même les dégâts (Pothier, *Du douaire*, n° 277).

Si la loi refuse à l'usufruitier une indemnité pour ses travaux, elle l'autorise cependant à emporter les *glaces, tableaux* et *ornements* qu'il aurait fait placer, à la charge de remettre les lieux en état (art. 599, al. 3).

***2869. Grosses réparations** — Le texte qui interdit à l'usufruitier de réclamer le remboursement de ce qu'il a dépensé en améliorations (art. 599), ne lui est pas opposable quand il s'agit de grosses réparations, qu'il a pu entreprendre sur le refus du propriétaire de les faire (1). Une grosse réparation n'est pas une simple amélioration : celle-ci n'est qu'une *dépense utile* ; l'autre est une *dépense nécessaire*, faite pour la conservation même de la chose. La distinction a été faite de tout temps (Pothier, *Traité du douaire*, n° 276) (2). Toutefois, comme le propriétaire pourrait soulever plus tard des difficultés en prétendant que ces travaux n'étaient pas nécessaires et

(1) Ainsi l'usufruitier qui a reconstitué un vignoble détruit par le phylloxera, a droit à une indemnité (Cass., 17 juill. 1911, D. 1911. 1. 457, P. et S. 1913. 1. 92).

(2) La jurisprudence belge se prononce en sens contraire et refuse toute action à l'usufruitier, même à raison d'impenses nécessaires (Bruxelles, 22 déc. 1881, *Pasicrisie*, 1882. 2. 171).

qu'il ne les aurait pas faits, l'usufruitier agira sagement en faisant constater par experts, en présence du propriétaire ou lui dûment appelé, l'état des bâtiments et la nécessité de les réparer.

Montant de l'indemnité. — Généralement on limite le recours de l'usufruitier au *montant de la plus-value* résultant de ses impenses *à l'époque où son usufruit s'éteint* (Toulouse, 28 mai 1881, D. 82. 2. 178, S. 81. 2. 141 ; Alger, 29 mai 1886, D. 91. 1. 413, S. 89. 1. 217. — Comp Dalloz, *Suppl.*, v° Usufruit, n° 259). — Cette solution n'est d'accord ni avec la règle traditionnelle qui autorise la répétition des impenses nécessaires en totalité, abstraction faite de la plus-value qu'elles ont produite, ni avec la règle du Code qui refuse à l'usufruitier toute répétition à raison d'une plus-value donnée à l'immeuble. Pothier était beaucoup plus logique, et obligeait le nu propriétaire à rembourser à la douairière tout ce qu'avaient coûté les grosses réparations faites par elle (*Du douaire*, n° 276). Les auteurs modernes écartent cette solution, en disant que ce serait donner à l'usufruitier un moyen indirect de contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations (Bugnet sur Pothier, t. VI, p. 438, note 2).

****2870. Constructions.** — D'après la jurisprudence, lorsque l'usufruitier a fait des constructions neuves sur le terrain, le propriétaire a le droit de les *conserver sans rien payer*. Conformément à la solution admise dans l'ancien droit (Pothier, *Du douaire*, n° 270), nos tribunaux actuels décident que les « améliorations », pour lesquelles on refuse tout recours à l'usufruitier, comprennent même les constructions. En 1825, on a vu la Cour de cassation attribuer à un propriétaire, sans indemnité, plus de 500 000 francs de constructions élevées par l'usufruitier. L'énormité de ces conséquences a soulevé des protestations ; mais la jurisprudence a persisté dans sa décision, et, en 1885 encore, des constructions considérables, évaluées à 256 000 francs, ont été perdues pour un usufruitier (Cass., 4 nov. 1885, D. 86. 1. 361, S. 86. 1. 113). Voyez cependant ci-dessus, n° 1699-5°.

Critique de la jurisprudence. — Lorsque les auteurs du Code ont écrit l'art. 599, ils n'ont pas pensé à l'hypothèse d'une construction entièrement nouvelle ; ce qu'ils donnent comme exemples d'objets susceptibles d'enlèvements suppose des travaux faits sur des bâtiments existants. — Les arrêts disent que, dans le langage du Code, le mot « améliorations » comprend même les constructions, et ils en citent comme preuve les art. 861, 1437, 1634 et 2175. Il est parfaitement vrai que les solutions données par ces textes pour les améliorations doivent s'appliquer même aux constructions ; mais pourquoi? C'est que ces textes accordent au possesseur de l'immeuble une indemnité à raison des simples améliorations. Ils sont donc *conformes* à ce *principe d'équité* que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui et on peut les étendre, tandis que l'art. 599, qui refuse l'indemnité, y est *contraire*, et partant est d'interprétation stricte. L'autorité du droit romain doit être écartée ici, parce que les jurisconsultes anciens refusaient tout droit à une indemnité au constructeur de mauvaise foi, en vertu d'une interprétation de volonté érigée par eux en présomption : « Donasse videtur. » L'autorité de nos anciens auteurs et de nos anciennes coutumes doit être écartée par la même raison, car leur décision n'est que la reproduction de la décision romaine. Or le principe a été changé sur ce point par l'art. 555 qui accorde une indemnité même au possesseur de mauvaise foi.

La situation de l'usufruitier devrait être régie par l'art. 555, qui, ainsi que nous l'avons vu, est une disposition générale dans sa partie principale, et englobe toute personne qui fait des constructions sur le terrain d'autrui (Aubry et Rau, t. II, § 235, p. 524 et § 204, p. 264, note 23 ; Dalloz, *Répert.*, v° Usufruit, n°s 746 et 747, *Suppl.*, n°s 328 et 329).

Jurisprudence belge. — La *jurisprudence belge* est contraire à la jurisprudence française et admet que les constructions élevées par un usufruitier sont régies par l'art. 555 et non par l'art. 599 (Bruxelles, 2 juin 1862, *Pasicrisie belge*, 1863. 2. 283 ; Cass. de Belgique, 27 janvier 1887, D. 88. 2. 256).

CHAPITRE II

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

§ 1. — *Le droit d'usage d'après le Code civil.*

***2871. Définition.** — L'usage est un droit réel, de même nature que l'usufruit, mais inférieur en étendue. Des deux éléments dont l'usufruit se compose, le droit d'user et le droit de percevoir les fruits, l'usage ne comprenait jadis que le premier ; aussi les Romains l'appelaient-ils *nudus usus*, *id est sine fructu*. Toutefois on y a joint, comme on va le voir, un droit limité sur les fruits.

***2872. Droit de l'usager sur les fruits.** — Rigoureusement l'usager ne devrait avoir aucun droit sur les fruits de la chose quand elle est frugifère, mais les jurisconsultes romains avaient été forcés d'ajouter quelque peu aux droits de l'usager, pour les cas où l'usage simple de la chose n'eût procuré qu'un bénéfice insignifiant. Ainsi l'usager d'un fonds rural avait le droit d'y prendre quelques menus produits nécessaires à sa subsistance : « Ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis, ad usum cottidianum utatur » (Ulpien, au *Digeste*, liv. VII, tit. 8, fr. 12 ; *Institutes de Justinien*, liv. II, tit. 6, § 1). Cette décision d'équité, conservée par la tradition dans notre ancien droit, a été maintenue par le Code ; l'art. 630 permet à l'usager de percevoir les fruits de la chose, « autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille ». Par « famille » il faut entendre ici tous ceux qui vivent à la charge de l'usager, son conjoint, ses enfants, ses domestiques. L'usage se rapproche donc de l'usufruit plus que son titre ne l'annonce. C'est un *petit usufruit*, limité aux besoins de l'usager.

La perception doit se faire en nature et servir directement à la consommation. Si le fonds produit une certaine espèce de fruits au delà des besoins de l'usager, du blé ou du vin, par exemple, l'usager n'a pas le droit d'en prendre davantage pour en vendre l'excédent et se procurer par là ce que le fonds ne donne pas, de l'huile, du sel, par exemple.

2873. Règles spéciales. — Pour tout le reste, l'usage est soumis en principe aux règles de l'usufruit. Cependant on peut signaler les deux différences suivantes :

1° L'usage n'est jamais établi par la loi ;

2° L'usage ne peut ni *louer* ni *céder* son droit (art. 631). Décision ancienne déjà admise en droit romain. L'usage est une sorte d'aumône, faite en considération de la personne.

***2874. Du droit d'habitation.** — Primitivement l'habitation n'était que le *droit d'usage appliqué à une maison*, *ædium usus*. Mais les testateurs employaient parfois des expressions ambiguës, telles que « usus fructus habitationis » et les jurisconsultes ne s'entendaient pas pour les interpréter. Justinien rendit en 530 une constitution (*Code*, liv. III, tit. 33, loi 12), par laquelle il fit du droit d'habitation un droit spécial, se rapprochant de l'usufruit en ce que le légataire avait le droit de louer la maison et n'était pas obligé de l'habiter par lui-même. Le Code français a supprimé cette particularité. Celui qui a un droit d'habitation ne peut ni louer ni céder son droit (art. 634) ; l'habitation n'offre donc plus *aucun caractère propre* qui mérite de faire d'elle un droit distinct de l'usage.

L'habitation (droit réel et viager) n'est jamais accordée par la loi. Le droit d'habitation, que les art. 1465, 1495 et 1570 accordent à la veuve, a la nature d'une créance de courte durée.

2875. Droits réels de chasse et de pêche. — Il est généralement admis que le *droit de chasse* et le *droit de pêche*, qui ne peuvent pas constituer des servitudes prédiales, peuvent être établis, non seulement au moyen d'une location, mais comme droits réels au profit d'une personne ; ils forment alors une sorte particulière d'usages-viagers (AUBRY et RAU, t. II, p. 61, texte et note 5 ; DEMOLOMBE, t. XII, n° 686 ; Amiens, 19 août 1891, D. 91. 2. 248). Comp. Trib. de Marmande, 6 mars 1913, D. 1914. 2. 97, et la note.

§ 2. — *Des usages forestiers.*

2876. Bibliographie. — D'AVANNES, *Des droits d'usage dans les bois*, 1837. — MEAUME, *Des droits d'usage dans les forêts*, 1847, 2 vol., et dissertation dans D. 65. 2. 3. — GUYETANT, *Traité de l'affouage*, 3e édit., 1889. — MALLET, *Étude de législation forestière, de l'affouage*, Lyon, 1895. — Voyez aussi les ouvrages généraux sur la législation forestière, notamment le *Répertoire*, de DEVILLE, BEZOU et MEAUME, 1862-1885, 11 vol. ; les *Principes de législation forestière*, de H. MICHEL et LELONG, 1901, 2 vol. in-8 (Extrait du *Répertoire* de BÉQUET). — Pour la loi du 19 avril 1901, sur l'affouage, voyez les *Commentaires* de GERMAIN et de BONNEFOY.

2876 *bis*. Origine. — Pendant tout le moyen âge, les seigneurs et les abbayes, propriétaires de vastes forêts, concédèrent à des villages un droit d'usage sur leurs bois, dans l'espoir d'attirer de nouveaux habitants sur leurs terres et de grossir par là leurs revenus.

2877. Caractères spéciaux. — Ces droits d'usage conservés par les anciennes paroisses, devenues nos communes rurales, existent encore, mais ils diffèrent profondément de l'usage réglé par le Code. D'abord ils constituent des *servitudes réelles* d'un genre particulier, existant au profit de tous les habitants d'un village ou d'une commune pris en masse ; ils sont dus, sans condition de demeure, non à l'habitant qui part, mais à l'habitation qui reste (Lyon, 5 déc. 1884, D. 85. 2. 225). Ils appartiennent donc à une autre catégorie de droits réels que l'usage du Code civil, qui est une servitude personnelle. De plus, ils sont *perpétuels* et non viagers. Cette seconde différence tient à ce qu'ils ne sont pas établis au profit d'une personne déterminée.

Ces concessions donnent des droits divers, qui sont fixés par les titres, et qui par suite varient à l'infini. Les plus communs sont les droits d'*affouage* (droit de prendre ou de recevoir du bois pour son chauffage), le *marrenage* (1), écrit souvent à tort marronage (droit de prendre des bois de construction) et le droit de *paisson* ou *pânage* (2) (droit de faire paître les porcs dans la forêt), appelé aussi *faînée* (3) ou *glandée*, du nom des fruits du hêtre ou du chêne, qu'affectionnent ces animaux. — Le défrichement n'est pas possible sans le consentement de l'usager. L'usage n'*arrérage* pas, ce qui veut dire que le propriétaire peut disposer du bois, si l'usager ne le réclame pas (Cass., 4 août 1884, D. 85. 1. 419).

2878. Tendance hostile de la législation moderne. — Ces concessions de droits d'usage sur les forêts rendirent de grands services aux populations, tant que les surfaces boisées se trouvèrent en excès et ne furent point soumises à une exploitation régulière. Mais dès le XVIIe siècle, le pouvoir central sentit la nécessité de protéger les forêts contre les usurpations et les gaspillages. Les animaux qu'on y mène pacager y causent surtout de grands ravages en coupant les jeunes pousses. De là des mesures restrictives diverses prises par l'édit des Eaux et forêts (août 1669). La loi du 28 ventôse an XI (19 mars 1803) menaça de déchéance tous ceux qui prétendaient des droits d'usage dans les forêts domaniales, s'ils ne soumettaient pas leurs titres à une vérification administrative dans les six mois de sa promulgation. Une disposition analogue se trouve dans le Code forestier de 1827

(1) Le marrenage est le droit de prendre du *merrain* ou *merrien*, bois propre à bâtir. Merrain vient de *materies* (materia). Ces mots « merrain » et « marrenage » ont pris les formes les plus diverses dans le latin du moyen âge. Voy. DUCANGE, v° *Materia*.
(2) Pasnage vient de *pasnaticum*, abréviation de *pastionaticum*, droit de faire paître.
(3) Faîne = *fagina*, fruit du *fagus* ou hêtre.

(art. 61). — En outre, il est défendu à l'administration de concéder aux particuliers dans les bois de l'État aucun droit d'usage de quelque nature et sous quelque prétexte que ce soit (même Code, art. 61). Cette prohibition se trouvait déjà dans l'édit de 1669.

Enfin la loi favorise autant que possible l'extinction des droits existants en autorisant soit leur *cantonnement*, soit leur *rachat* (art. 63, 64, 88, 111, 112, 118 et 120 C. for.).

II. — Servitudes.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

§ 1. — *Définition et conditions d'existence de la servitude.*

***2879. Dénomination.** — Dans l'art. 526 et dans l'intitulé du titre IV du liv. II, le Code les appelle « servitudes ou *services fonciers* ». Cette dernière appellation a été employée afin de bien marquer que les servitudes que la loi nouvelle tolère et réglemente n'ont rien de commun avec les anciennes servitudes féodales.

Dans l'usage moderne, comme on n'a plus l'esprit hanté par le fantôme de la féodalité, on se sert volontiers du mot *servitudes*, qui est plus court ; et même on emploie ce mot tout seul, sans spécifier qu'il s'agit des servitudes prédiales. Il n'y a guère à craindre de provoquer par là une confusion avec une autre espèce de servitudes, les servitudes personnelles, puisqu'on désigne ordinairement celles-ci sous leurs noms particuliers d'*usufruit* et d'*usage* (ci-dessus, n° 2746). Si l'on tient à spécifier l'opposition entre les deux espèces de droits, on se sert des expressions *servitudes foncières* ou *servitudes prédiales*, qui suppriment toute ambiguïté. Employé seul, le mot « servitudes » doit donc s'entendre des servitudes prédiales exclusivement.

****2880. Définition.** — Les servitudes forment une famille nombreuse : leur nombre n'est même pas limité par la loi ; les particuliers peuvent en créer de nouvelles à leur convenance, quand ils en trouvent l'occasion. On les distingue les unes des autres par l'énoncé de leur objet : servitudes de *passage*, de *vue*, d'*égout*, d'*aqueduc*, etc. Cette multiplicité illimitée d'applications fait qu'il est impossible de donner une définition générale du droit de servitude par l'indication de son objet, comme on le fait pour les autres droits réels dont l'objet est invariable ; quand on veut le définir, on se tient nécessairement dans le vague. Voici par exemple ce que dit l'art. 637 : « Une servitude est *une charge imposée sur un héritage* pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

Cette définition a un double mérite : elle indique clairement que la servitude ne s'applique qu'aux *biens fonds* et que son existence suppose deux immeubles distincts appartenant *à deux propriétaires différents* (Cass., 23 mars 1908, D. 1908. 1. 279). Mais il y a un *point capital* que la définition du Code omet totalement de préciser : c'est *la nature de la charge* qui constitue la servitude. Or il est possible de donner une formule qui précise la nature

de cette charge sans entrer dans le détail des servitudes : elle consiste tantôt à *conférer à un tiers* le droit de faire des actes d'usage sur le fonds, tantôt à *retirer au propriétaire* l'exercice partiel de ses droits. Comp. C. civ. all., art. 1018.

****2881. Biens susceptibles de servitudes.** — Sont seuls susceptibles d'être grevés de servitudes : 1° les *terrains non bâtis* ; 2° les *bâtiments ayant le caractère immobilier.*

Ce sont là les choses que la loi désigne sous le nom d'*héritages* dans l'art. 637 et dans les textes suivants. C'est un sens qui a vieilli, et ce mot ne s'emploie plus dans la langue moderne qu'à propos des servitudes, où il est devenu technique pour désigner le genre particulier d'immeubles susceptibles d'être activement ou passivement l'objet d'une servitude. Par suite, ne sont pas susceptibles d'être grevés de servitudes :

1° Les *arbres*, bien qu'ils soient des immeubles par nature (Cass., 6 avril 1841, D. 41. 1. 214, S. 41. 1. 414). Le motif de l'arrêt est le caractère périssable des arbres qui n'ont pas paru avoir une durée suffisante pour l'établissement d'un droit perpétuel de sa nature comme la servitude, mais ce motif est très contestable.

2° Les *immeubles par destination.*

3° Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, c'est-à-dire les *droits.* La servitude a nécessairement pour objet des actes matériels, qui ne peuvent s'accomplir que sur une chose corporelle. Il en résulte qu'on ne peut pas constituer de servitude sur une autre servitude : « servitus servitutis esse non potest. »

Pour l'*énergie électrique* produite par une usine, voyez Pau, 14 févr. 1912, D. 1913. 2. 99 et la note.

Servitudes sur les fonds du domaine public. — Les fonds compris dans le *domaine public* peuvent, comme les propriétés privées, être grevés de certaines servitudes. Il en est qui sont *conformes à leur destination même*, comme le droit de passage, les vues (ouvertures) et l'égout des toits (1) dont les particuliers jouissent tout naturellement sur les voies publiques (Simonet, nos 1427 à 1429). Il en est d'autres qui sont simplement établies par l'administration parce qu'elles sont *compatibles* avec cette destination. Tels sont les passages souterrains ou à niveau et les ponts et passerelles qui font communiquer les deux parties d'une propriété séparée par un canal, par un chemin de fer ou par une autre voie de communication. Voyez aussi G. Bidaux, *Servitudes et charges imposées aux riverains des rues de Paris*, thèse, Paris, 1907.

***2882. Distinction du fonds servant et du fonds dominant.** — Le fonds grevé de la servitude s'appelle *fonds servant* ; le fonds qui en profite s'appelle *fonds dominant.*

Les auteurs du Code ont évité avec soin ces expressions, dans la crainte de réveiller les souvenirs de la féodalité. Ils emploient des périphrases : « l'héritage pour lequel la servitude a été établie » (art. 708 et 709), « celui qui a un droit de servitude » (art. 702), qui sont parfois peu exactes ; « le fonds *débiteur* de la servitude » (art. 700), « le fonds qui la *doit* » (art. 702 et 705). Cependant ils ont risqué les mots : « fonds *assujetti* » à plusieurs reprises (art. 699 à 701) et même « fonds *asservi* » (art. 695).

****2883. Coexistence de deux propriétaires différents.** — Une servitude ne saurait exister entre deux fonds appartenant au même propriétaire, à cause de la règle : « Nemini res sua servit » (Paul, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 2, fr. 26). Sans doute le propriétaire unique des deux fonds a le droit

(1) Les riverains des voies publiques ont le droit d'y verser les eaux pluviales et même les eaux ménagères ou d'évier, sous les conditions fixées par les règlements de police, mais non les eaux industrielles (Cass., 10 avril 1900, D. 1901. 1. 34). — Sur les droits des riverains, voyez la note dans D. 1905. 1. 148, sous Cass. crim. 18 nov. 1904. Voyez aussi Toulouse, 26 nov. 1908, D. 1911. 2. 91, P. et S. 1914. 2. 209, et la note de M. Mestre.

de retirer de l'un au profit de l'autre la même utilité que pourrait lui procurer une servitude, comme de passer sur le fonds, d'y établir un aqueduc, etc., mais il exercera ce droit de passage ou d'aqueduc à titre de propriété et non à titre de servitude.

****2884. Affectation d'un des fonds au service de l'autre.** — La charge établie sur l'un des fonds doit profiter à l'autre. Les servitudes ont été inventées pour augmenter l'utilité de certains biens.

Le genre de service que le fonds servant rend au fonds dominant n'est pas déterminé par la loi ; il peut varier selon les cas (Cass., 27 juill. 1874, D. 75. 1. 375 ; Cass., 9 janv. 1901, D. 1901. 1. 450). Dans l'art. 637 le Code ne mentionne que *l'usage* et *l'utilité* ; les deux mots paraissent synonymes. On reconnaît unanimement que la servitude pourrait être établie pour le simple *agrément* du fonds dominant. Telle est la *servitude de prospect* qui empêche un propriétaire de bâtir ou de planter, pour ménager à son voisin la vue dont il jouit. Telle est encore l'obligation imposée aux propriétaires le long de certaines rues (rue de Rivoli, place Vendôme), ou aux abords de certaines promenades, comme le bois de Vincennes, de construire sur un type d'architecture déterminé, de ne pas établir de pignons, etc. Il y a là de véritables servitudes imposées aux particuliers au profit de la voie publique, qui joue ici le rôle de fonds dominant.

Le Code italien (art. 531) s'exprime comme le Code français : « per l'uso e l'utilità di un fondo. » Le Code espagnol (art. 530) dit en termes généraux que la servitude est établie sur un immeuble *en faveur* (en beneficio) d'un autre. Le Code allemand dit que la servitude foncière ne peut consister que dans une charge qui offre de l'utilité pour l'usage du fonds dominant (art. 1019).

****2885. Inutilité de la contiguïté des deux fonds.** — Il n'est pas nécessaire que les deux fonds soient *contigus* ni même *voisins*. Leur contiguïté ou tout au moins leur voisinage forme, il est vrai, le cas ordinaire et à tel point que le mot « voisin » figurait dans le projet de Code. Il a été supprimé sur une observation du Tribunat, et à bon droit, car cette condition n'est pas nécessaire. Ainsi les servitudes de puisage, d'extraction de matériaux, et quelques autres, peuvent exister entre deux fonds assez éloignés l'un de l'autre. Certains propriétaires de vignes ont le droit de prendre des échalas, à titre de servitude, dans des bois éloignés de plusieurs kilomètres.

§ 2. — *Caractères juridiques des servitudes.*

****2886. Caractère immobilier.** — Les servitudes *prédiales* constituent toujours des *droits immobiliers* parce que, à la différence de l'usufruit, elles ne peuvent s'établir que sur des « héritages » (art. 637).

***2887. Caractère accessoire.** — Un de leurs caractères les plus féconds en conséquences est d'être des *droits accessoires*. Elles sont liées au fonds dominant d'une manière inséparable ; « Prædiis inhærent », disaient les anciens. Par suite, elles ne peuvent être ni *cédées*, ni *saisies*, ni *hypothéquées* séparément ; elles ne peuvent pas être détachées du fonds dominant pour être transportées à un autre. Au contraire, elles se transmettent nécessairement avec la propriété du fonds dominant et passent en même temps que lui de main en main : « Ambulant cum dominio. » Elles sont comprises dans l'hypothèque, dans la saisie et dans l'aliénation du fonds. Le profit en passe même, à titre temporaire, à l'usufruitier et à l'usager. — La situation est la même, en sens inverse, pour le fonds servant sur lequel tombe passivement la servitude : quiconque acquiert la propriété ou l'usufruit d'un immeuble est tenu de souffrir les servitudes passives qui le grèvent.

Afin de bien marquer ce caractère des servitudes qui sont nécessairement les accessoire

actifs ou passifs d'une propriété, les jurisconsultes romains disaient qu'elles étaient des *qualités* des fonds : « Quid aliud sunt jura prædiorum, quam *prædia qualiter se habentia*, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » (Celsus, au *Digeste*, liv. L, tit. 16, fr. 86). Mais l'expression « qualitates prædiorum », qu'on cite partout, ne se trouve pas dans le texte latin.

***2888. Perpétuité.** — Seules, parmi les droits réels démembrés de la propriété, les servitudes sont *perpétuelles*. L'usufruit, l'usage, l'emphytéose, l'hypothèque, sont nécessairement temporaires. La perpétuité des servitudes vient de leur caractère accessoire qui les rattache à la propriété d'un fonds : nécessaires à son usage, il est naturel qu'elles soient perpétuelles comme lui.

Cependant la perpétuité des servitudes ne leur est pas *essentielle* : elle est seulement *de leur nature*, c'est-à-dire qu'elle pourrait être écartée par une convention contraire et qu'on pourrait les établir pour un temps limité.

Le droit moderne n'exige plus une *causa perpetua* pour l'établissement d'une servitude dont les jurisconsultes romains avaient tiré des conséquences excessives, et qu'ils avaient fini par abandonner eux-mêmes en partie, en admettant la servitude d'extraction de matériaux sur des carrières susceptibles de s'épuiser à la longue.

2889. Impossibilité du rachat. — Les servitudes sont *irrachetables*. Le propriétaire du fonds servant ne peut pas le libérer à prix d'argent, si le propriétaire du fonds dominant n'y consent pas. Ce serait une expropriation pour cause d'utilité privée.

***2890. Indivisibilité.** — Les servitudes sont *indivisibles*. Supposons un fonds appartenant par indivis à plusieurs personnes. Aucune servitude ne pourra être établie sur ce fonds ou à son profit, sans le consentement de tous les copropriétaires ; la servitude ne peut pas naître, ni activement ni passivement, sur ou pour une part indivise. — A l'inverse, supposons la servitude déjà établie avant le fait qui a amené l'indivision, par exemple avant l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs héritiers : la servitude existante ne pourra pas s'éteindre par la volonté ou par le fait d'un seul ou de quelques-uns. Il faut qu'elle s'éteigne pour tous à la fois ; elle ne peut pas disparaître pour une part et subsister pour le surplus.

§ 3. — *Classifications diverses des servitudes.*

A. — Classement des servitudes d'après leurs sources.

2891. Système adopté par le Code civil. — La loi établit une classification des servitudes en *trois groupes*, d'après leurs *sources*, c'est-à-dire d'après les différentes causes d'où elles dérivent :

1° *Servitudes naturelles*, dérivant de la situation des lieux ;

2° *Servitudes légales*, établies par la loi ;

3° *Servitudes du fait de l'homme*, que les particuliers font naître par divers procédés (contrat, legs, possession prolongée, destination du père de famille).

Cette classification a été fréquemment critiquée (voyez notamment Demolombe, t. XI, n° 7). Elle se justifie cependant par cette considération que les servitudes naturelles, résultant de la disposition matérielle des lieux, existent par la force même des choses, tandis que les servitudes légales, établies par une disposition plus ou moins arbitraire du législa-

teur, supposent en principe une indemnité payée au propriétaire du fonds servant. Ce qui est plus justement discutable, c'est la répartition que le Code a faite entre ces deux classes : l'art. 643 notamment établit une servitude légale et la place à tort parmi celles qui dérivent de la situation des lieux.

B. — Classement des servitudes d'après leur objet.

2892. Servitudes positives et servitudes négatives. — Quand on considère l'objet des différentes servitudes, on voit que certaines d'entre elles autorisent le propriétaire du fonds dominant à accomplir directement des actes d'usage sur le fonds servant : par exemple, il y passe, il y puise de l'eau, il y fait pâturer ses bestiaux, etc. Ce sont des *servitudes positives*, qui consistent à *conférer à un autre propriétaire une partie des avantages* qui résultent de la propriété du fonds. Par contre, il est des servitudes qui se bornent à paralyser, dans une certaine mesure, les droits du propriétaire du fonds servant, soit qu'elles lui retirent en partie l'usage de son bien, soit qu'elles l'empêchent d'exercer un droit attaché à son titre de propriétaire : ce sont des *servitudes négatives*. Exemples : les interdictions de bâtir ou de faire divers travaux, qui sont établies tantôt par la loi et tantôt par des actes privés.

Cette distinction est très clairement indiquée dans la définition des servitudes que donne le Code allemand (art. 1018). Il semble qu'elle devrait avoir une grande importance pratique ; mais dans notre droit elle ne produit aucune conséquence particulière.

C. — Classement des servitudes d'après leurs caractères.

2893. Classifications diverses. — D'après leurs caractères, les servitudes sont : 1° *continues* ou *discontinues* ; 2° *apparentes* ou *non apparentes*.

Le Code indique une troisième distinction entre les *servitudes urbaines* et les *servitudes rurales* (art. 687). Cette distinction était capitale en droit romain, et nos anciens jurisconsultes s'en servaient encore ; les auteurs du Code l'ont empruntée à Pothier (*Coutume d'Orléans*, tit. XIII, n° 18). Mais la différence pratique qui existait entre elles a été rattachée par le Code à la division des servitudes en continues et discontinues (art. 707), de sorte que la division des servitudes en urbaines et rurales ne sert plus à rien.

1° Servitudes continues et discontinues.

****2894. Définition.** — L'art. 688 définit les servitudes continues « celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ». Cette définition qu'on pourrait critiquer (ci-dessous, n° 2896) contient tout au moins l'idée essentielle, qui est que les servitudes continues s'exercent sans le *fait actuel* de l'homme, c'est-à-dire que leur exercice n'exige pas des *actes successifs et répétés* de la part du propriétaire du fonds dominant. Cela tient à ce qu'elles consistent en un certain état de choses, avantageux pour l'un des fonds, qui, une fois établi, dure indéfiniment et procure par lui-même le bénéfice de la servitude.

Ordinairement cet état des lieux résulte d'un travail de l'homme, comme dans les servitudes de vue et d'aqueduc ; mais cela n'est pas nécessaire. Ainsi la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas planter suppose au contraire l'absence de travaux et consiste à laisser le terrain à l'état nu. Dans tous les cas, l'exercice de la servitude continue résulte d'une situation de fait, naturelle ou artificielle, établie en permanence, et on peut dire que, les

lieux une fois mis dans l'état où ils doivent être, la servitude s'exerce toute seule, sans l'intervention du propriétaire : l'eau s'écoule dans l'aqueduc, la fenêtre laisse entrer la lumière, etc.

Les servitudes *discontinues* sont *celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées.* Elles consistent essentiellement dans la possibilité pour le propriétaire du fonds dominant de faire certains actes sur le fonds servant ; de sorte que, tant que ce propriétaire n'agit pas, la servitude n'est pas exercée et ne sert à rien. Telles sont les servitudes de passage, de puisage, d'extraction de matériaux, etc. D'Argentré définissait de la façon la plus simple les servitudes discontinues : « quæ facto hominis exercentur » (sous l'art. 271, *Cout. de Bretagne*, v° sans titre, n° 12).

****2895. Exemples.** — Servitudes continues. — La loi cite (art. 688) la servitude de *vue* (fenêtres ou balcons situés plus près de la propriété voisine que la loi ne le permet) (1) ; la servitude d'*aqueduc* (conduites d'eau à travers le terrain d'autrui) (2). On peut ajouter la servitude *de ne pas bâtir* et celle de ne pas dépasser une certaine hauteur (*jus non altius tollendi*).

Servitudes discontinues. — Les servitudes de *passage*, de *puisage*, d'*extraction de matériaux*, de *lavage*, de *pacage*, d'*abreuvage*, etc. — Ces servitudes sont discontinues, alors même que certains travaux permanents auraient été faits pour en faciliter l'exercice, tels que la construction d'un lavoir ou d'un abreuvoir (Cass., 4 déc. 1888, D. 89. 1. 193, S. 90. 1. 105).

Caractère variable de la servitude d'égout. — D'après la jurisprudence la *servitude d'égout* est tantôt continue et tantôt discontinue. Son caractère dépend de la nature des eaux qui s'écoulent. Appliquée aux *eaux pluviales*, la servitude est *continue*, quoique la pluie ne tombe pas d'une manière continuelle : en effet, une fois les tuyaux posés, la servitude s'exercera toute seule toutes les fois qu'il pleuvra, et sans que le propriétaire ait rien à faire pour y aider. Cela suffit pour donner la continuité à une servitude. Appliquée aux *eaux ménagères*, à l'évier d'une cuisine, par exemple, la même servitude devient *discontinue*, parce que, pour que l'eau coule, il faut que quelqu'un en verse dans l'égout : l'exercice de la servitude suppose ici le *fait actuel de l'homme* (Cass., 17 févr. 1875, D. 76. 1. 504, S. 77. 1. 74).

2896. Erreur à éviter. — La définition des servitudes continues, telle que la donne l'art. 688, contient un germe d'erreur : elle donnerait à penser que les servitudes continues sont celles dont l'utilité est *continuelle*. Or ce serait une erreur de croire que la servitude est continue quand elle sert sans interruption, discontinue quand son exercice est intermittent. Cette formule est trompeuse, comme le prouve l'exemple suivant : l'égout des eaux pluviales est une servitude continue, et cependant, dans les climats secs, cette servitude aura rarement l'occasion de servir ; au contraire, l'écoulement des eaux d'une carrière ou d'une mine, dont la pompe d'épuisement fonctionne nuit et jour, et toute l'année sans interruption, sera une servitude discontinue, parce que son exercice suppose le fait actuel de l'homme et que, si le mécanicien cesse de faire fonctionner sa machine, l'eau cessera de couler. Ainsi l'écoulement de l'eau peut être ou continuel ou très rare,

(1) Voyez cependant Cass., 18 déc. 1894, D. 95. 1. 365.

(2) Il a été jugé que la servitude d'aqueduc conserve son caractère de servitude continue, alors même que l'aqueduc serait muni d'une *pale* ou *vanne* qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau (Cass., 25 oct. 1887, D. 88. 1. 106, S. 88. 1. 309 ; 22 nov. 1892, D. 94. 1. 45, S. 93. 1. 29 ; 23 nov. 1898, D. 99. 1. 37). Une fois le passage ouvert, l'eau coule d'elle-même sans le fait actuel de l'homme.

sans que cela influe en rien sur le caractère continu ou discontinu de la servitude. Ce caractère tient uniquement à l'intervention ou à l'abstention de l'homme dans l'exercice qui en est fait. Comme le disait au xve siècle Cepolla : « Licet non exerceatur semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis. »

2° Servitudes apparentes et non apparentes.

****2897. Définition.** — Cette division, également importante, est énoncée dans l'art. 689. Une servitude est *apparente*, quand elle s'annonce par des travaux extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Elle est *non apparente*, quand il n'y a pas de signes visibles de son existence, par exemple une servitude de ne pas bâtir ou de ne pas dépasser une hauteur déterminée.

Le caractère d'apparence dépend d'un *fait accidentel* et non de la nature de la servitude. Ainsi les servitudes de passage et d'aqueduc peuvent être tantôt apparentes, tantôt non apparentes ; le passage peut s'exercer sur un terrain aride et non clos sans y laisser de trace, ou bien au moyen d'une barrière mobile et d'un sentier empierré ou pavé qui en révéleront l'existence ; les tuyaux de conduite de l'eau peuvent être enfouis dans le sol, ou visibles extérieurement et soutenus et protégés par des travaux d'art. Toutefois certaines servitudes sont, plus que d'autres, difficiles à concevoir à l'état occulte ; telle est la *servitude de vue*. En revanche, il en est deux qui seraient difficilement révélées par des signes extérieurs : c'est la servitude *de ne pas bâtir* et la servitude *altius non tollendi*.

2898. Origine de cette classification. — La classification des servitudes en apparentes et non apparentes était totalement inconnue en droit romain. Elle s'est développée peu à peu dans notre ancien droit. B. d'Argentré ne la connaissait pas encore. Après avoir divisé les servitudes en continues et discontinues et admis la possibilité de la prescription seulement pour les premières, il se contente d'exiger que la possession de la servitude ait lieu au vu et su de l'adversaire : « nec præscriptio procedit nisi scientia et patientia adversarii probetur ». — Dans les auteurs du xviiie siècle, la division apparaît toute formée : tous opposent certaines servitudes, qui sont *latentes* ou *cachées*, à celles qui sont *visibles* ou *apparentes* ; mais, jusqu'au Code civil, cette division se confond avec celle des servitudes continues ou discontinues. Ce sont les mêmes servitudes qui sont tout à la fois continues et visibles et les mêmes aussi qui sont discontinues et latentes parce qu'elles « ne paroissent que quand on les exerce » (1). C'est seulement depuis le Code civil que les deux classifications se sont dissociées.

***2899. Types des quatre espèces de servitudes.** — Par leur combinaison, les deux classifications des servitudes qui viennent d'être exposées forment quatre catégories : 1° servitudes *continues et apparentes*, comme la servitude de vue ; 2° servitudes *continues et non apparentes*, comme la servitude de ne pas bâtir ; 3° servitudes *discontinues et apparentes*, comme la servitude de passage, quand il existe un chemin tracé ; 4° servitudes *discontinues et non apparentes*, comme la servitude de pacage.

(1) Dunod de Charnage. *Traité des prescriptions*, 3e partie, chap. iv. — Comp. Ferrière, *Compilation sur la coutume de Paris*, 2e édit., col. 1482, n° 19.

CHAPITRE II

SERVITUDE NATURELLE

***2900. Combien il y en a.** — On ne peut admettre comme servitudes naturelles que celles qui dérivent de la situation des lieux et qui sont établies par la nature elle-même. Dans la réalité, il n'en existe qu'une seule de cette sorte, celle dont s'occupe l'art. 640. La servitude établie par l'art. 643 doit être considérée comme une servitude légale. Tous les autres articles du même chapitre (art. 641-648) s'occupent de tout autre chose que de servitudes : les uns règlent les droits des propriétaires sur les eaux qui arrosent leur terrain, ce qui est un attribut de la propriété, ou, si l'on veut, une extension de leur droit sur une *res nullius*, ce qui exclut toute idée de servitude sur le fonds d'autrui ; les autres s'occupent du bornage et de la clôture, c'est-à-dire d'obligations respectives nées du voisinage, qui sont fort éloignées d'être des droits réels (ci-dessus, nº 2366).

***2901. Objet de la servitude naturelle.** — Cette servitude, unique en son genre, a pour objet *l'écoulement des eaux naturelles*. Elle consiste en ceci que tout propriétaire, dont le fonds est bordé par un terrain plus élevé que le sien, est obligé de recevoir sur son fonds les eaux qui y viennent naturellement en suivant la pente du sol. Ce peut être pour lui une grande gêne ; néanmoins, comme il s'agit d'un phénomène naturel, dans lequel les hommes ne sont pour rien, il est obligé de le subir *sans pouvoir prétendre à aucune indemnité*. Cette servitude existe donc de fait et nécessairement ; elle ne donne lieu à aucun règlement entre les parties.

Autre conséquence : tous les terrains sont soumis à cette servitude, même ceux qui font partie du *domaine public*.

2902. Situation du propriétaire inférieur. — Le propriétaire du fonds inférieur ne peut par aucun moyen s'affranchir de cette servitude. Par exemple, il lui est *interdit d'élever une digue* qui retiendrait les eaux sur le terrain supérieur (art. 640, al. 2), ou qui en ralentissant le courant laisserait chez son voisin les vases et les graviers entraînés par les eaux. Il ne peut même pas arriver indirectement à ce résultat en usant du droit de se clore. S'il élève un mur de clôture sur son terrain, il est obligé d'y ménager des *barbacanes*, ouvertures longues et étroites destinées à laisser passer l'eau.

Il lui est toutefois permis de faire sur son propre terrain tous les travaux utiles pour alléger cette servitude, par exemple pour régler le cours de l'eau en lui creusant un lit, pourvu que ces travaux ne nuisent à ses voisins ni au-dessous ni au-dessus de lui.

2903. Limites anciennes de cette servitude. — D'après le Code civil, la servitude d'écoulement est très limitée : elle ne peut s'appliquer qu'aux eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, « sans que la main de l'homme y ait contribué » (art. 640, al. 1). C'est la nature qui la crée, c'est elle aussi qui en trace les bornes. Aussi le texte porte-t-il que « le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur » (art. 640, al. 3).

On a conclu de là :

1º Que le propriétaire supérieur ne peut pas modifier l'écoulement naturel des eaux pluviales ou des sources qu'il a sur son terrain, de façon à envoyer chez ses voisins un cours d'eau plus fort (Lyon, 30 nov. 1899, S. 1902. 2. 145). On lui permet seulement de faire les fossés et rigoles qu'il est d'usage de pratiquer pour la culture dans les conditions ordinaires.

2º A plus forte raison, le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas grossir artificielle-

ment le volume des eaux qui se déversent sur les fonds inférieurs, soit en amenant chez lui de l'eau prise au dehors pour les besoins de l'irrigation ou de l'industrie, soit en cherchant à découvrir des sources souterraines ou en les faisant jaillir inopinément par des tranchées ou des sondages.

Dans tous les cas, les propriétaires des fonds inférieurs peuvent demander la cessation d'un état de choses qui leur est préjudiciable et refuser de subir cette aggravation artificielle de la servitude naturelle, même moyennant indemnité.

***2904. Aggravations récentes de la servitude.** — Depuis le Code civil, les règles précédemment indiquées ont été modifiées à diverses reprises dans l'intérêt de l'agriculture. Le législateur a, dans certains cas, obligé les propriétaires des fonds inférieurs à recevoir des eaux qui découlent des fonds supérieurs, bien que leur provenance ne soit pas naturelle. Ceci a été fait d'abord pour l'*excès des eaux* qui ont servi à l'*irrigation*, puis pour l'*écoulement des eaux nuisibles* ou surabondantes (L. 29 avril 1845, art. 2 et 3 ; L. 10 juin 1854, rt. 1er ; L. 8 avril 1898). Seulement, dans tous ces cas, la servitude du fonds inférieur n'est pas *naturelle* ; elle est *légale* et donne lieu à une indemnité (ci-dessous, nos 2924 et 2925).

2905. Déplacement du cours des petites rivières. — La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux a prévu un cas qui ne l'avait pas été par les textes antérieurs. Lorsqu'un cours d'eau non navigable ni flottable abandonne naturellement son lit (c'est-à-dire sans que le changement de son cours soit le résultat de travaux légalement exécutés), les propriétaires des fonds inférieurs, sur lesquels le nouveau lit s'établit, sont, en principe, *tenus de subir le passage des eaux sans indemnité*. Jusqu'ici le texte nouveau n'est que l'application du principe de l'art. 640 sur l'écoulement naturel des eaux. Mais lorsqu'il est possible de rétablir l'ancien cours avec quelques travaux, la loi nouvelle donne aux propriétaires des fonds inférieurs le droit de faire ces travaux en s'y prenant dans l'année (L. 8 avril 1898, art. 5). Les propriétaires des fonds supérieurs ont le même droit, au cas où ils trouveraient quelque avantage au voisinage du cours d'eau.

CHAPITRE III

SERVITUDES LÉGALES

§ 1. — *Servitudes légales d'intérêt public.*

2906. Confusion à éviter. — Les servitudes fondées sur l'utilité publique ne doivent pas être confondues avec les *simples limitations* apportées dans un intérêt public à l'exercice du droit de propriété, limitations dont il a déjà été parlé (ci-dessus, nos 2334 et suiv.). Pour qu'il y ait véritablement servitude, il ne suffit pas qu'un propriétaire soit gêné dans l'exercice de son droit : il faut qu'il y ait un *fonds dominant*.

2907. Énumération. — Les servitudes légales d'intérêt public sont nombreuses. Elles dérivent presque toutes de lois administratives. Voici les principales :

1° Il est *défendu de construire, dans une zone déterminée, autour des forts et places de guerre*. En temps de guerre, le génie a le droit de faire raser, pour les besoins de la défense, les constructions élevées dans cette zone, dite *zone militaire* (L. 10 juillet 1791 ; Décr. 9 décembre 1811 ; LL. 7 avril et 10 juillet 1851 ; décr. 10 et 16 août 1853 ; L. 22 juin 1854). On a vu un exemple d'une gravité exceptionnelle de l'exercice de cette servitude, en 1870, autour de Paris à l'approche des armées allemandes.

La démolition ne donne droit à *aucune indemnité* ; cela se comprend ; c'est l'exercice même de la servitude. Mais ce qui est tout à fait extraordinaire, c'est que le Conseil d'État décide que l'*établissement même de la servitude* par la création d'une nouvelle place de guerre n'ouvre pas d'action en indemnité au profit des propriétaires des terrains qui en sont grevés,

et cela sous prétexte que ce n'est pas une *expropriation* dans le sens de la loi du 3 mai 1841 et de l'art. 545 (Conseil d'État, 5 févr. 1857, D. 57. 3. 74 et la note).

2° Il est *défendu d'établir le long des voies ferrées, sur une largeur de* 20 *mètres, des dépôts de matières inflammables* qui pourraient prendre feu au passage des trains (L. 15 juillet 1845, art. 5 à 10). Voyez Cass., 28 oct. 1903, D. 1905. 1. 412.

3° Il existe une servitude spéciale pour le *marchepied* ou *chemin de halage, le long des rivières navigables ou flottables*, dont l'établissement remonte à l'ordonnance des Eaux et forêts, de 1669 (tit. XXVIII, art. 7), et il y est fait allusion dans l'art. 650. La loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, a consacré un chapitre spécial (art. 46-54) aux servitudes établies au profit des cours d'eau du domaine public.

4° Les *sources d'eau minérale*, déclarées d'utilité publique, sont entourées d'une zone de protection, dans laquelle aucun sondage ni travail souterrain ne peut être pratiqué sans autorisation (L. 14 juillet 1856). Une loi du 27 juillet 1880, sur les mines, a de même protégé, contre les travaux entrepris pour la recherche des gisements miniers, les eaux nécessaires aux communes et hameaux et aux établissements publics.

5° Il existe quelque chose d'analogue pour la conservation des *bois et forêts soumis au régime forestier*. La loi établit autour d'eux un périmètre de protection d'une largeur de 500 mètres ; et tous les terrains qui s'y trouvent compris sont frappés de diverses servitudes énumérées par les art. 151 à 158 du Code forestier.

6° La loi du 8 avril 1898 sur le *régime des eaux* a établi diverses servitudes pour la rectification ou le curage des petits cours d'eau. Ainsi, lorsqu'il y a lieu d'élargir le lit de la rivière ou d'en établir un nouveau, les terrains voisins peuvent être occupés, *à titre de servitude de passage*, moyennant une indemnité ; les bâtiments, et les cours et jardins attenant aux habitations sont seuls exempts de cette servitude (art. 6). Pour le curage des cours d'eau, voyez l'art. 27 de la loi.

7° La loi du 15 juin 1906, sur les *distributions d'énergie électrique*, autorise le passage au-dessus des propriétés privées, pour les Sociétés déclarées d'utilité publique. Comp. Bordeaux, 27 nov. 1908, D. 1910. 2. 17. Voyez aussi la loi du 28 juillet 1885, pour les lignes télégraphiques et téléphoniques. Comp. Planiol, note D. 1914. 2. 97.

8° Voyez la loi du 20 avril 1910, relative à l'*affichage*, sur les monuments historiques ou dans leur voisinage.

§ 2. — *Servitudes légales d'intérêt privé.*

2908. Origine et classement. — La plupart sont fort anciennes et ont été réglementées par le Code civil ; il en est cependant quelques-unes qui ont été établies par des lois postérieures. — On peut les diviser en deux groupes. Les unes sont des *servitudes mutuelles* entre propriétaires voisins ; les autres sont des charges unilatérales *dépourvues de toute réciprocité*. Les premières se trouvent toutes réunies dans les art. 671 à 681 ; les secondes sont éparses dans un grand nombre de textes.

A. — Servitudes mutuelles entre propriétaires voisins.

2909. Controverse sur leur caractère. — MM. Aubry et Rau, qui ont analysé avec une grande pénétration la notion du droit de servitude, pensaient que les restrictions établies par les art. 671 à 681 à la charge des propriétaires, ne constituent pas de véritables servitudes. Leur raison principale était que, ces charges étant universelles pour toutes les propriétés privées, leur existence constituait le droit commun, le régime normal et régulier de la propriété foncière, et que par suite on ne pouvait pas considérer comme asservis les fonds qui en étaient tenus. « Ces dispositions, disent ces auteurs, n'ont en réalité d'autre objet que de déterminer les limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du

droit de propriété, ou de concilier, au moyen d'une espèce de transaction, les intérêts opposés des propriétaires voisins » (T. II, p. 194). C'est aussi l'avis de Demolombe : « Le mot servitude indique l'idée d'une exception à la règle générale, d'une dérogation contraire au droit commun » (T. XI, nº 8).

Cette manière de voir est généralement adoptée, c'est cependant une erreur. *La nature d'un droit ne dépend pas de sa fréquence ou de sa rareté.* Or les charges établies par les art. 671 à 681 ont *tous les caractères des servitudes* : elles consistent à empêcher un propriétaire de faire un acte qu'il aurait le droit d'accomplir sur sa propriété si la loi ne le lui interdisait pas, et cette interdiction est établie *dans l'intérêt du fonds voisin.* C'est le propre des servitudes négatives (ci-dessus, nº 2892). Quant à la *réciprocité* de ces servitudes, c'est encore une circonstance particulière, qui, pas plus que l'universalité de ces charges, ne peut les faire changer de nature ; la réciprocité existe pour d'autres servitudes encore (ci-dessous, nº 2940).

2910. Énumération. — Ces servitudes mutuelles ont quatre objets différents :

1º Des *précautions à prendre pour l'écoulement des eaux pluviales recueillies sur les toitures.*

2º Des *précautions pour certains travaux ou dépôts de nature à nuire au fonds voisin.*

3º Des *distances à observer pour l'ouverture des vues et jours.*

4º Des *distances à observer pour les plantations.*

2911. Règles relatives à l'égout des toits. — Un propriétaire ne peut pas établir son toit de façon que les eaux pluviales qui y tombent se déversent sur le fonds voisin ; il doit les faire écouler *sur son terrain* ou *sur la voie publique* (art. 681). Il ne peut même pas laisser s'égoutter l'eau de pluie sur son terrain de manière à nuire au mur du voisin par affouillement. Comp. Toulouse, 13 juill. 1904, S. 1905. 2. 69.

2912. Travaux ou dépôts nuisibles. — La loi donne pour exemples l'établissement d'une *cheminée*, d'une *forge*, d'un *four* ou *fourneau*, d'un *puits*, d'une *fosse d'aisances*, d'une *étable*, d'un *magasin de sel* ou d'un *amas de matières corrosives* (art. 674) ; mais ce ne sont que des exemples. Il faut faire rentrer dans cette énumération tous autres travaux de nature à nuire aux propriétés voisines, comme les *fouilles* et les *sondages* et l'établissement d'une porcherie (Cass., 5 déc. 1904, D. 1905. 1. 77). Le Code n'a établi aucune règle pour l'exécution de ces travaux ; il se borne à renvoyer aux « règlements et usages sur ces objets ». La plupart du temps ce sont des règlements municipaux. Le texte dit seulement que les précautions à prendre consistent tantôt à laisser une *certaine distance*, tantôt à faire *certains ouvrages de précaution.*

***2913. Ouverture des vues et jours.** — Le propriétaire qui bâtit peut utiliser jusqu'au dernier centimètre de son terrain et élever le mur de sa maison à l'aplomb de la ligne séparative des deux propriétés. Mais afin d'éviter, comme disait Gui Coquille, « des animosités et des fâcheries » entre voisins, on a établi des règles spéciales pour les fenêtres et ouvertures percées à proximité du fonds contigu. On distingue à cet égard les *vues* et les *jours.* Les *vues* sont les ouvertures ordinaires, non fermées ou munies de fenêtres qui s'ouvrent et laissent passer l'air. Les *jours* sont des ouvertures grillées et fermées par un verre dormant, c'est-à-dire ne s'ouvrant jamais ; ils peuvent donc servir à éclairer une pièce sombre, mais non à l'aérer (Lyon, 9 févr. 1906, S. 1906. 2. 96).

Règles applicables aux jours. — Les jours sont les ouvertures les moins gênantes pour les voisins, car il n'y a pas à craindre que des objets venant de l'intérieur de la maison ou placés sur le rebord de la fenêtre tombent à l'extérieur. Aussi est-il permis d'en ouvrir *même dans les murs élevés sur la limite extrême du terrain.* Reste l'inconvénient des regards indiscrets qui pourraient plonger dans les propriétés voisines par ces ouvertures. Pour l'atténuer autant que possible, la loi veut que les jours soient établis à une certaine hauteur : savoir 2 m. 60 au-dessus du sol de la chambre qu'on veut éclairer, quand elle est au rez-de-chaussée ; et 1 m. 98 au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs (art. 677). A cette hauteur, il faudrait, pour regarder, monter sur un meuble ou sur une échelle et il est à présumer qu'on ne le fera pas souvent. — La loi n'a pas limité la grandeur de ces ouvertures, qui peuvent, par suite, être de grandes baies, si la hauteur des étages le permet.

Les jours ne peuvent être ouverts que dans un mur appartenant *privativement* au cons-

tructeur et par conséquent élevé en entier sur son terrain. Si le mur est mitoyen, il est absolument interdit à chacun des propriétaires d'y percer des jours sans le consentement de l'autre (art. 675).

Règles applicables aux vues. — A cause de leurs inconvénients plus grands, les vues ne peuvent être percées qu'à une certaine distance du fonds voisin. Pour déterminer cette distance, la loi distingue les *vues droites* et les *vues obliques*.

Les vues droites sont celles qui sont ouvertes dans un mur parallèle, ou à peu près, à la ligne séparative des deux fonds. Ce sont les plus gênantes de toutes, parce qu'une personne assise à l'intérieur de l'appartement peut, sans se déranger, voir ce qui se passe chez le voisin. Aussi la loi exige-t-elle une distance de 1 m. 90, *à compter du parement extérieur du mur* (art. 678 et 680). Les vues obliques sont celles qui se trouvent dans un mur perpendiculaire ou à peu près à la ligne séparative des deux fonds. Il suffit, pour ces vues de côté, de ménager 0 m. 60 de distance *à compter du bord de l'ouverture le plus rapproché du fonds voisin* (art. 679). La loi assimile aux vues droites les balcons et autres saillies (art. 678). Voyez cependant Cass., 14 nov. 1906, P. et S. 1911. 1. 270.

Sanction. — Les ouvertures qui ne remplissent pas les conditions voulues doivent être *bouchées*, si le propriétaire voisin le demande, à moins que le propriétaire du mur où elles se trouvent n'ait acquis le droit de les conserver, par titre ou par prescription.

2914. Distance à observer pour les plantations. — Il n'est jamais permis à un propriétaire d'avoir des arbres jusqu'à l'extrême limite de son terrain. Le texte primitif disait « planter » ; le texte nouveau (L. 29 avril 1881) dit « avoir », ce qui s'applique même aux arbres ou arbustes qui croissent spontanément. Cette différence entre les plantations et les constructions s'explique, parce que les végétaux étendent horizontalement leurs branches et leurs racines. La distance à observer est de 2 mètres, ou d'un demi-mètre, suivant la hauteur de l'arbre.

Le texte primitif distinguait entre les arbres « à haute tige » et les autres, et cette expression avait fait naître un conflit persistant entre la Cour de cassation d'une part et de l'autre les juges de paix, dans la compétence desquels rentrent ces sortes d'affaires. La Cour déterminait les arbres à haute tige *d'après leur essence* ; les juges de paix *d'après leur hauteur*. Le texte nouveau ne parle plus d'arbres à haute tige, il distingue suivant que la hauteur de l'arbre dépasse ou non deux mètres (art. 671). La loi fait exception pour les *arbres cultivés en espalier* le long du mur séparatif, pour lesquels il n'y a aucune distance à observer, à la condition toutefois qu'ils ne dépassent pas la crête du mur.

Tout arbre planté à moins de 50 centimètres doit être arraché. S'il se trouve à plus de 50 centimètres, mais à moins de 2 mètres, le voisin n'a plus le droit d'en exiger l'enlèvement ; il peut seulement demander qu'il soit *rogné et maintenu à 2 mètres de hauteur*. Toutefois le propriétaire de l'arbre peut avoir acquis le droit de le conserver, soit par titre, soit par destination du père de famille, soit par la prescription de 30 ans. En ce cas il n'a que le droit de garder ses arbres tant qu'ils existent. S'ils meurent ou s'il les arrache, il ne peut les remplacer qu'à la condition d'observer les distances légales. La loi s'en explique formellement pour mettre fin à d'anciennes controverses (art. 672).

Cas ou l'arbre s'étend sur les terrains voisins. — Il se peut qu'un arbre, planté à une distance régulière, pousse ses branches ou ses racines jusque sur le terrain voisin. Le propriétaire dont le fonds se trouve ainsi envahi a le droit de demander que les branches soient coupées ; quant aux racines, il a le droit de les couper lui-même, ce qu'il fera souvent en cultivant son propre terrain. Le droit de couper les racines et de faire rogner les branches est imprescriptible.

Portée générale de la loi. — Ces différentes règles sont applicables partout, même *entre deux fonds urbains*, même *entre deux terrains tous deux plantés en bois* (1).

Réserve des règlements et usages locaux. — En déterminant les distances à observer pour les plantations, le Code a de tout temps réservé l'application des règlements particu-

(1) Toutefois la règle ne s'applique pas aux *chemins* (Cass., 12 avril 1810, P. et S. 1911. 1. 127).

liers faits par les préfets et les maires et des usages locaux. Tel est l'usage répandu dans un grand nombre de départements et principalement dans l'Ouest de la France, de garnir d'arbres les haies et les talus qui entourent chaque pièce de terre.

B. — Servitudes établies sans réciprocité.

2915. Énumération. — Les servitudes légales d'intérêt privé établies sans réciprocité sont au nombre de *cinq* : 1° Le droit des *villages et hameaux* sur les *eaux de sources* ; 2° le *passage en cas d'enclave* ; 3° l'*écoulement des eaux nuisibles* ; 4° la servitude *d'aqueduc* ; 5° la servitude *d'appui*. — Les deux premières seules sont établies par le Code civil ; les trois autres sont des innovations postérieures.

1° Droits des villages et hameaux sur les eaux de source.

2916. Objet et caractère de cette servitude. — Le propriétaire d'une source, qui en principe a le droit de disposer de ses eaux à sa volonté, ne peut plus en user librement lorsque cette source fournit aux habitants d'un village ou hameau l'eau dont ils ont besoin. Comp. ci-dessus, n° 2413, pour l'adduction des eaux de source dans les villes.

Cette servitude est pour ainsi dire cachée dans l'art. 642, al. 3 (texte de 1898 ; anc. art. 643), au milieu de dispositions complexes, et, de plus, la place qui lui est ainsi donnée pourrait la faire prendre pour une servitude naturelle, car elle est mise sous la rubrique : « Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. » C'est cependant une *servitude légale*, puisque le législateur l'établit par un texte exprès, en l'absence duquel elle n'existerait pas, et qu'elle n'a lieu que moyennant une indemnité. L'erreur de classification commise par la loi est évidente.

2917. Conditions d'existence. — La loi n'attribue cette servitude qu'aux groupes d'habitations, aux *villages et hameaux*, dit le texte ; le même droit ne pourrait donc pas être reconnu aux habitants d'une maison isolée. La raison en est que la loi fait céder l'intérêt particulier du propriétaire de la source devant l'intérêt collectif d'un groupe d'habitants ; mais du moment où il n'y a plus que deux intérêts particuliers en présence, il n'est plus possible de sacrifier le droit de l'un à l'intérêt de l'autre.

La loi suppose que, dès sa sortie du fonds, la source forme *un cours d'eau* : elle serait donc inapplicable aux sources qui sont de simples filets d'alimentation pour des cours d'eau venant de plus loin (Cass., 11 févr. 1903, D. 1904. 1. 13).

Elle suppose encore que l'eau de la source est « nécessaire » aux habitants du voisinage. Ceci doit s'entendre de leurs besoins personnels ou de ceux des animaux, mais on devrait leur refuser le bénéfice de la disposition de la loi, s'ils avaient besoin de l'eau pour l'irrigation de leurs terres ; il y aurait alors simple *utilité* et non plus *nécessité*.

Enfin la loi suppose évidemment que l'eau de la source se répand, s'écoule, et qu'elle arrive à la portée des habitants, sur un terrain dont l'accès leur est permis, car l'article eur donne seulement le droit de continuer à se servir de l'eau, malgré les projets de dérivation ou d'utilisation du propriétaire de la source. Ils n'ont donc pas le droit d'obtenir un passage pour pénétrer sur la propriété où sort la source et y aller puiser de l'eau, ni le droit d'établir un aqueduc.

2918. Indemnité au propriétaire de la source. — Le propriétaire de la source subit une restriction plus ou moins forte de son droit, et qui parfois est totale. Il ne peut plus disposer de l'eau à son gré. Aussi la loi décide-t-elle qu'une indemnité lui est due, en principe : c'est le propre des servitudes légales, parce qu'elles ne résultent pas de la nature des lieux, de n'exister que moyennant une indemnité. A défaut d'entente amiable entre les parties, le chiffre de la somme due est réglé par experts.

L'art. 642, al. 3, contient une autre disposition, dont la formule donne lieu à quelques critiques. La loi dit que le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité, « *si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage* ». Il est clair que, si le droit de se servir de

l'eau leur a été autrefois *vendu*, ils n'ont à payer aucune « indemnité » en dehors du prix de vente, et même, si l'usage de l'eau leur a été *donné gratuitement* ou *légué*, ils n'ont rien à payer du tout. Le mot « acquis » s'explique donc de la façon la plus simple. Mais la loi ajoute : « ... ou prescrit l'usage ». Ceux-là seuls ont besoin de prescrire qui n'ont aucun droit : la prescription une fois accomplie leur tient lieu de titre ; or dans l'hypothèse dont nous parlons, les habitants n'ont nul besoin de prescrire pour acquérir l'usage de l'eau : ils trouvent dans le Code lui-même le meilleur de tous les titres ; le droit de s'en servir leur appartient en vertu de la loi. On est donc obligé d'interpréter l'article comme s'il parlait, non pas d'une prescription acquisitive ayant pour objet l'usage de la source, mais d'une prescription extinctive libérant les habitants de l'obligation de payer une indemnité. Cette prescription sera de trente ans, à compter du jour où les habitants ont commencé à se servir de l'eau (art. 2262).

2919. Extension donnée au système du Code. — Depuis longtemps on faisait remarquer que l'art. 643 ancien ne protégeait pas suffisamment les habitants des campagnes contre les dérivations de sources, et on réclamait une loi nouvelle sur ce sujet. La loi du 8 avril 1898 a répondu à ces vœux par le nouvel art. 643 C. civ. d'après lequel le propriétaire de la source n'a plus le droit d'en changer le cours au préjudice des usagers inférieurs, lorsque son débit est assez important pour former, à la sortie du fonds d'origine, « un cours d'eau ayant le caractère d'eaux publiques et courantes ». Sur ce texte, voyez ci-dessus, n° 2414. On ne recherche donc plus combien d'habitants usent de la source après sa sortie du fonds, ni à quel point elle leur est nécessaire. — Voyez aussi les dispositions des art. 9 et 10 de la loi du 15 février 1902 sur la santé publique. Comp. Cass. 21 juin 1909, P. et S. 1911, 1. 525 ; Grenoble, 27 avril 1910, D. 1911, 2. 87.

2° Servitude de passage en cas d'enclave.

***2920. Définition.** — Lorsqu'un fonds est *enclavé* dans les autres, c'est-à-dire lorsqu'il ne possède pas d'issue sur la voie publique, son propriétaire a le droit d'en obtenir une à travers les fonds voisins, moyennant indemnité (art. 682-685, modifiés par la loi du 20 août 1881).

Afin de trancher quelques doutes qu'avait fait naître la rédaction primitive des textes, la loi de 1881 a décidé les deux points suivants : 1° Un fonds doit être considéré comme enclavé, non seulement lorsqu'il n'a aucune issue sur la voie publique, mais même quand il n'a qu'une *issue insuffisante* (nouv. art. 682). 2° *L'exploitation de l'héritage*, dont parlait l'ancien texte, doit s'entendre de l'exploitation *industrielle* aussi bien que de l'exploitation *agricole*. Ces deux solutions étaient d'ailleurs généralement admises avant 1881.

2921. Direction à suivre pour ouvrir le passage. — L'art. 683 formule ainsi le principe : « Le passage doit être pris du côté où le *trajet est le plus court* du fonds enclavé à la voie publique. » Mais ce principe subit *deux dérogations* :

1° Le juge peut allonger le trajet, soit pour le rendre *moins dommageable pour les fonds traversés*, par exemple lorsqu'il existe des constructions ou des murs de clôture qu'on peut éviter en faisant un détour, soit pour rendre *plus commode l'accès du fonds enclavé*, lorsque la ligne droite donnerait au chemin une pente trop rapide. Le juge doit tenir compte de l'intérêt des deux parties (art. 683 nouv., al. 2 ; 684 ancien).

2° Lorsque l'enclave résulte d'un partage, l'art. 684 nouveau consacre une solution déjà admise avant 1881. Il arrive assez fréquemment qu'à la suite du partage d'un fonds une des parcelles se trouve sans issue : le chemin dont elle a besoin lui doit être fourni par les copartageants du terrain primitif ; les particuliers qui divisent une propriété ne peuvent

pas faire retomber sur leurs voisins les conséquences du partage quand ils créent par leur fait une enclave nouvelle. Cependant si un passage commode et suffisant ne pouvait être fourni par les autres portions du même fonds, on pourrait le demander aux voisins (art. 684, al. 2).

2922. De l'indemnité. — Le passage ne s'obtient pas gratuitement (1). Celui qui le réclame doit payer une indemnité qui est fixée par experts à défaut de règlement amiable et qui se calcule d'après le préjudice causé au fonds servant. Cette indemnité doit être *préalable*. Si le propriétaire qui y a droit ne la réclame pas, elle se prescrit par *trente ans* (art. 685). A compter de quand? Ceci est très discuté. Certains auteurs prétendent que c'est seulement à compter du jour où le chiffre de l'indemnité a été fixé soit par une convention, soit par un jugement. Leur motif est que jusqu'à ce moment le droit de passage n'existe pas encore; il n'y a pas de servitude établie de plein droit, et la loi donne seulement une action pour la réclamer. L'indemnité n'étant pas encore due ne peut pas se prescrire. — Cette interprétation de la loi est facile à réfuter. Ainsi entendu, l'art. 685 ne servirait à rien, car il résulte des principes généraux (art. 2262) que l'indemnité une fois fixée est une créance ordinaire qui se prescrit par trente ans. Ce qui se prescrit par ce même laps de trente ans, en vertu de l'art. 685, c'est l'*action en indemnité*, c'est-à-dire le droit d'en réclamer une, de la faire fixer. Donc, quand le passage dure depuis plus de trente ans, le droit d'obtenir une indemnité est perdu.

2923. Effet de la possession de trente ans. — On discutait autrefois sur l'effet de la prescription pour les droits de passage exercés en fait depuis plus de trente ans. L'art. 685 nouveau décide que cette possession prolongée *fixe l'assiette et le mode de la servitude*. L'*assiette* est l'endroit par où se fait le passage, où la servitude est assise; le *mode* est la façon de passer, d'exercer la servitude, soit à pied, soit en voiture, soit avec des chevaux ou des troupeaux, soit avec des charrettes de matériaux. — Il faut remarquer en quoi consiste ici la prescription : elle ne fait pas, à proprement parler, acquérir la servitude ; elle en détermine seulement la manière d'être et tient lieu de jugement ou de règlement amiable.

3° Écoulement des eaux nuisibles.

2924. Lacune du Code et lois nouvelles. — Le Code civil (art. 640) avait seulement réglé l'*écoulement naturel* des eaux qui sortent d'un terrain sans le travail de l'homme. On a plus tard reconnu l'utilité qu'il y aurait à favoriser l'*écoulement artificiel* d'eaux stagnantes, ou même d'eaux amenées d'ailleurs sur le terrain. Ce point a été réglé par les art. 2 et 3 de la loi du 28 avril 1845 sur les irrigations et par la loi du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage. On a donc créé une *servitude légale spéciale qui permet à un propriétaire de se débarrasser des eaux de toute provenance qui lui sont inutiles ou nuisibles* : eaux amenées sur son terrain pour l'irrigation ou pour un usage industriel; eaux stagnantes, qu'on veut éliminer par le dessèchement ou par le drainage.

La loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, a établi un nouveau cas du même genre. On a cru utile, pour favoriser les cultures, de rendre plus faciles les recherches d'eaux souterraines. Toutes les fois qu'un propriétaire voulait faire des *sondages* ou creuser un *puits artésien*, il était arrêté par l'art. 640 qui lui défend de rien faire « qui aggrave la servitude des fonds inférieurs », obligés de recevoir les eaux qui découlent naturellement du sien. Il pouvait craindre de rencontrer un filet d'eau supérieur à ses besoins et de ne savoir ensuite comment l'écouler, devant l'opposition de ses voisins. On a donc décidé que lorsqu'un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, à la suite de sondages ou de travaux souterrains, les propriétaires des fonds inférieurs sont *obligés de les recevoir*. Il y a là une aggravation de la servitude naturelle réglée par l'art. 640, mais il n'en résulte aucun inconvénient, parce que l'écoulement de ces eaux nouvelles, se faisant souvent au moyen de fossés préexistants, peut ne causer aucun dommage aux voisins, et que la loi leur réserve le droit

(1) Sauf le cas où l'enclave résulte d'une aliénation partielle (Cass., 14 nov. 1859, S. 60. 1. 236).

à une *indemnité* lorsqu'ils seront gênés ou lésés par l'écoulement de l'eau (art. 641 nouveau, al. 4).

Enfin cette même loi de 1898 a prévu un autre cas encore : il est possible qu'un propriétaire ait à sa disposition plusieurs petites sources qu'il veuille capter et réunir en une seule pour envoyer ensuite leurs eaux sur les terrains qui ne les recevaient pas précédemment La loi nouvelle le lui permet encore, *sauf indemnité*, si la direction qu'il leur donne aggrave la servitude du fonds inférieur (art. 641, al. 3). La même disposition est applicable aux eaux pluviales (*ibid.*, al. 2).

En somme, dans quatre cas, un propriétaire a le droit d'aggraver pour ses voisins la servitude naturelle d'écoulement : 1° pour l'*irrigation* (L. 1845) ; 2° pour le *drainage* (L. 1854) ; 3° pour les *sondages* (L. 1898) ; 4° pour le *captage* d'eaux de source ou d'eaux pluviales (L. 1898).

2925. Indemnité aux propriétaires inférieurs. — Le propriétaire du fonds supérieur a le droit de conduire ces eaux à travers les fonds inférieurs jusqu'à la voie publique ou jusqu'à un cours d'eau. Les bâtiments, cours, jardins et enclos attenant aux habitations sont exceptés de cette servitude. D'après les lois de 1845 et de 1854, le passage des eaux à travers les fonds asservis ne peut être obtenu que moyennant *indemnité*. La loi de 1898 (art. 641 nouveau, al. 4) semble établir une règle différente en imposant d'abord au propriétaire des fonds inférieurs l'écoulement des eaux et en ne leur accordant l'indemnité qu'*en cas de dommages*. Mais la différence est insaisissable, car, d'après le droit commun lui-même, un propriétaire ne peut obtenir d'indemnité que s'il a subi un dommage ; sinon on lui répondrait que sa demande est dépourvue d'objet.

4° Servitude d'aqueduc.

2926. Objet et condition de cette servitude. — Un propriétaire qui possède des parcelles éloignées les unes des autres, peut manquer d'eau sur un point, et avoir à sa disposition sur un autre des eaux surabondantes, eaux de source ou de rivière. Pour les conduire sur les autres terrains qui lui appartiennent et où il pourrait les utiliser, il lui faut traverser des terres qui ne lui appartiennent pas. Jadis il devait acquérir le droit de passage au moyen d'un arrangement amiable, toujours difficile à obtenir, impossible dès qu'un seul propriétaire s'y refusait. La loi de 1845 a établi à son profit une nouvelle servitude légale, qui lui permet *d'obtenir le passage malgré la volonté contraire des autres propriétaires* (art. 1er). C'est ce qu'on appelle la « servitude d'aqueduc ».

Naturellement, ce droit de passage n'a lieu que moyennant une *juste et préalable indemnité*, comme pour toutes les autres servitudes légales. Mais celle-ci est soumise à une règle particulière : la loi laisse aux juges la faculté de refuser le passage des eaux, si son utilité n'est pas démontrée : « Il *peut obtenir...* », dit la loi. Cette servitude présente donc à un moindre degré que les précédentes le caractère de servitude légale. De plus, le droit d'aqueduc ne peut être accordé que si les eaux sont destinées à l'*irrigation*. La loi de 1845 n'a pas eu d'autre but que de favoriser l'agriculture.

5° Servitude d'appui.

2927. Motifs et conditions. — Souvent, pour utiliser l'eau d'une rivière, il faut en élever le niveau au moyen d'un *barrage appuyé sur les deux rives*. Le propriétaire qui ne possède qu'un des côtés de la rivière était parfois empêché de construire ce barrage par l'opposition du propriétaire de l'autre rive. Une loi du 11 juillet 1847, modifiant la loi de 1845, a créé à son profit la *servitude d'appui* qui lui permet d'élever le barrage malgré la volonté contraire de l'autre propriétaire. Il faut un *jugement*, et l'établissement du barrage donne lieu à *indemnité*. La servitude d'appui n'a été créée, comme la servitude d'aqueduc, que pour faciliter les *irrigations*.

CHAPITRE IV

SERVITUDES DU FAIT DE L'HOMME

§ 1. — *Esprit du Code en matière de servitudes.*

****2928. Restrictions à la liberté des conventions.** — Les servitudes prédiales avaient pris un grand développement sous la féodalité. L'asservissement des terres inférieures, principalement des tenures en *vilenage* et en *roture*, créait indirectement une infériorité sociale pour la personne de leurs propriétaires (1). Toutes ces anciennes servitudes féodales ont disparu, et les lois de la Révolution ainsi que le Code civil ont tout fait pour en effacer le souvenir d'abord, et ensuite pour les empêcher de renaître. On a déjà vu avec quel soin la loi évite d'employer toute expression qui pourrait rappeler l'ancienne sujétion des vassaux et des tenanciers (ci-dessus, n° 2880). Elle ne s'est pas bornée à cette espèce de prétérition ; elle a déclaré expressément, dans l'art. 638, que « la servitude n'emporte *aucune prééminence* d'un héritage sur l'autre ». C'est là un scrupule que n'aurait point eu un Romain et qui ne peut s'expliquer que par le souvenir encore présent de la hiérarchie féodale des terres.

Ce n'est pas tout : la crainte de voir renaître une aristocratie foncière, cherchant à rehausser sa situation dans les campagnes par l'établissement de servitudes plus ou moins humiliantes, crainte qui n'était peut-être pas chimérique en 1803, a fait prendre des précautions spéciales contre un abus possible : on a restreint d'une manière assez sérieuse la liberté des conventions en matière de servitudes. On admet bien, comme principe général, la liberté pour les propriétaires d'établir sur leurs fonds toutes les charges qu'ils jugent utiles (art. 686, al. 1), mais sous réserve d'observer diverses restrictions que la loi leur impose. Elle les oblige d'abord à respecter les *principes d'ordre public*, qui dominent toutes les conventions (art. 6). La pratique n'offre pas d'exemples de contraventions à cette règle, sur laquelle il est inutile d'insister. Elle édicte ensuite une double règle propre à la constitution des servitudes : « Le service ne peut être imposé

(1) Nos anciens auteurs coutumiers ignoraient la distinction nette que nous établissons aujourd'hui, comme le faisaient jadis les jurisconsultes romains, entre les droits de créance et les droits réels. Ils la trouvèrent dans le Digeste, mais ne l'appliquèrent qu'aux droits d'origine romaine, comme les servitudes prédiales et l'usufruit. Quant aux droits nés du régime féodal, ils présentaient un mélange constant de l'élément réel et de l'élément personnel. On considérait volontiers comme droits réels fonciers, des redevances, corvées et autres qui imposaient aux propriétaires des fonds assujettis de véritables obligations personnelles (sur la confusion commise par les juristes du moyen âge, voyez CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière*, p. 18 ; R. BEUDANT, Thèse, p. 122-123). — Sur l'état des servitudes dans l'ancien droit, voyez Paul HENRY, *A travers la Coutume de Paris* (*Revue critique*, mai 1903, p. 289).

ni *à la personne* ni *en faveur de la personne*, mais seulement *à un fonds* et *pour un fonds* » (art. 686). Cette disposition est difficile à comprendre ; pour l'expliquer, il faut la dédoubler.

I. — *Le service ne doit pas être imposé à la personne.*

****2929. Origine et explication de cette prohibition.** — Cette première partie de la règle est la plus simple des deux. La loi veut dire que l'objet de la servitude ne peut pas être une *prestation personnelle* imposée au propriétaire du fonds servant, telle que l'obligation de labourer le champ de son voisin ou d'en curer les fossés. Une servitude consiste simplement dans un *démembrement de la propriété*, c'est-à-dire dans l'attribution au propriétaire du fonds dominant d'une partie des avantages que confère la propriété du fonds servant, tels que le droit d'y passer, d'y prendre de l'eau ou des matériaux, etc. Le propriétaire du fonds dominant acquiert un droit réel, ayant pour objet l'utilisation *par lui* du fonds d'autrui et le propriétaire du fonds servant est seulement tenu de l'en laisser jouir, sans avoir rien à faire dans ce but.

Telle était déjà la décision donnée par les jurisconsultes romains : « Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis..., sed ut patiatur vel non faciat » (Pomponius, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 1, fr. 15, § 1). Cela était parfaitement conforme à la notion du droit réel. Mais dans notre ancien droit on avait tout à fait perdu de vue cette nature purement passive des servitudes ; un grand nombre de charges pesaient sur les terres, qui obligeaient leurs propriétaires à de véritables services personnels et effectifs du genre des *corvées*. L'art. 686 a été écrit pour rendre impossible le retour d'un état de choses qui asservissait une partie de la population au profit de l'autre. Que le danger de pareilles servitudes soit réel ou chimérique, toujours est-il que les auteurs du Code y ont cru, et c'est ce qui a donné à leur formule de l'art. 686 un accent si nouveau que cette vieille idée n'avait pas eu dans Domat (1).

***2930. Conséquence.** — Actuellement, une personne peut bien prendre l'engagement de rendre à un propriétaire certains services, mais cela sous une double restriction : 1° Il ne résultera de sa promesse qu'une *obligation* qui lui sera *personnelle*, non une servitude ; cette obligation ne passera pas après elle aux propriétaires successifs de son bien ; elle-même en sera *personnellement débitrice* et ne sera pas tenue à raison de son fonds et en qualité de propriétaire. Comp. Paris, 17 janv. 1907, D. 1908. 2. 221. 2° Cette obligation ne peut être contractée qu'à titre temporaire et non pour la vie entière (art. 1780).

***2931. Existence d'une obligation personnelle accessoire dans certaines servitudes.** — Par dérogation au principe, le titre d'une servitude peut obliger le propriétaire du fonds servant à accomplir une prestation positive, consistant dans l'entretien en bon

(1) Domat se borne à dire : « Toute servitude donne à celui à qui elle est due un droit qu'il n'aurait pas naturellement, et elle diminue la liberté de l'usage du fonds asservi, assujettissant le maître de cet héritage à ce qu'il doit souffrir ou faire ou laisser faire pour laisser l'usage de la servitude » (*Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. 1, n° 2). On ne sent là aucune préoccupation d'assurer la franchise des personnes, bien que Domat résume le passage de Pomponius rapporté au texte.

état des travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude. Il y a sans doute ici dérogation au principe, mais dans une faible mesure, car le *travail fourni par le propriétaire du fonds asservi ne forme pas l'objet principal de la servitude*; il n'en est que *l'accessoire*. Ainsi malgré la possibilité d'imposer une certaine obligation au propriétaire du fonds servant' le principe n'en subsiste pas moins : la servitude est, dans son objet essentiel, une charge purement passive du fonds.

Autre exception dans certaines servitudes légales. — La règle s'applique en principe aux servitudes légales comme aux autres. Cependant il n'est pas sans exemple de voir la loi imposer à des particuliers, à titre de servitude, une *prestation positive*. Ainsi la loi du 9 ventôse an XIII et le décret du 16 décembre 1811 obligent les riverains des *routes nationales* à faire des *plantations d'arbres* en bordure de ces routes (Simonet, n° 1453)

II. — *Le service doit profiter au fonds et non à la personne.*

***2932. Examen de la formule de la loi.** — « Le service doit être établi non en faveur d'une personne, mais pour un fonds », dit l'art. 686. Presque tous les auteurs se contentent de cette formule et insistent sur cette idée que le service doit profiter au fonds dominant lui-même et non à la personne de son propriétaire, sans s'apercevoir que les droits ne profitent jamais qu'aux personnes et non aux choses. L'opposition qu'on fait ainsi entre le service qui profite au fonds et celui qui profite à la personne a quelque chose d'inintelligible. Il n'est possible de l'expliquer qu'en remontant aux origines. La formule actuelle est l'exagération d'une idée fort ancienne à laquelle les auteurs du Code ont donné une portée nouvelle.

Solutions romaines. — Les jurisconsultes romains exigeaient déjà, pour les « servitutes prædiorum », qu'il y eût un *rapport de nature* entre l'objet de la servitude et l'usage du fonds dominant. Voici les deux applications les plus remarquables qu'ils faisaient de leur idée :

1° Le droit de *se promener*, de *cueillir des fruits ou des fleurs* sur le terrain d'autrui, le droit *d'aller prendre ses repas dans la maison d'autrui*, ne peuvent pas être constitués à titre de servitudes prédiales, mais seulement comme droits d'usage (Paul, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 1, fr. 8). — En effet, le bénéficiaire de ce droit pourrait en retirer tout l'avantage, *même s'il n'était propriétaire d'aucun immeuble*. Or, comme le dit Ulpien, « Nemo potest servitutem acquirere, nisi qui habet prædium » (*Ibid.*, liv. VIII, tit. 4, fr. 1).

2° Le droit de *prendre de l'argile dans un terrain voisin* peut être constitué comme servitude prédiale, mais *à une condition* : que ce soit pour le service du fonds, comme dans certains endroits où il est d'usage de vendre les fruits et le vin logés dans des amphores ; mais un potier qui voudrait se procurer de l'argile pour en fabriquer des vases destinés à être vendus ne pourrait pas se faire concéder ce droit à titre de servitude, mais bien à titre d'usufruit : « Sed si ut vasa venirent figulinæ exercerentur, usus fructus erit » (Paul, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 3, fr. 6).

2933. Formules du Code allemand. — Le Code allemand n'a pas reproduit la formule française qui plaît par la symétrie des mots, symétrie obtenue aux dépens de la clarté et de la justesse de l'idée. Ce Code dit nettement : « Un immeuble peut être grevé *au profit du propriétaire*, quel qu'il soit, *d'un autre immeuble...* » (art. 1018), et il ajoute, dans l'article suivant, que la servitude ne peut consister que dans une charge qui offre de l'utilité *pour l'usage du fonds dominant*. Cela paraît suffisant pour assurer un rapport de nature entre le fonds dominant et la servitude qui y est attachée.

2934. Application aux droits de chasse et de pêche. — La question se pose exactement dans les mêmes termes pour ces deux droits. Peut-on attacher à un fonds, à titre

de servitude réelle, le droit de chasser ou de pêcher sur les fonds voisins? Presque tous les auteurs répondent négativement, parce que la chasse et la pêche leur paraissent un *simple plaisir personnel* et non un *avantage pour le fonds* (Aubry et Rau, t. III, § 247, texte et note 5 ; Huc, t. IV, nº 404). La jurisprudence n'est pas encore bien fixée. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1860 (D. 60. 1. 14) a maintenu un droit de chasse établi à titre de servitude, mais il s'agissait d'actes antérieurs à la promulgation du Code. Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 9 janvier 1891 (D. 91. 1. 89, S. 91. 1. 489) a considéré comme impossible l'existence d'une servitude de chasse, mais il émane de la Chambre criminelle. La Chambre civile ne s'est pas encore prononcée sur la question d'après les lois actuelles. — Laurent a fait remarquer qu'on pourrait concevoir un droit de chasse créé pour l'usage et l'utilité d'un héritage, selon la formule de l'art. 637, si le fonds dominant était un rendez-vous de chasse, isolé dans les bois ou dans une région giboyeuse (T. VII, nº 146). Dans la pratique l'impossibilité de concéder le droit de chasse à titre de servitude prédiale n'est pas une grande gêne pour les particuliers, car la jurisprudence admet la *location* de la chasse, qui peut se faire pour 99 ans, ce qui offre une marge suffisante, et le procédé du louage est même plus commode, en ce qu'il n'exige pas que le preneur soit propriétaire d'un fonds à proximité du lieu de chasse.

Servitudes a l'usage de l'industrie. — Peut-on imposer à un fonds, à titre de servitude, une charge qui servirait à l'exercice d'une industrie dans un fonds voisin? Voilà, par exemple, un four à chaux, une poterie, une fabrique de tuiles ou de briques ; peut-on y attacher comme servitude le droit de prendre de l'argile ou du calcaire dans le fonds voisin? Quelques auteurs répondent négativement (Huc, t. IV, nº 405). Cependant d'autres pensent que ce droit pourrait constituer une servitude réelle, si le fonds dominant était spécialement aménagé pour l'exercice de ce genre d'industrie (Demolombe, t. XII, nº 684). En ce sens, Cass., 29 juill. 1874, D. 75. 1. 375 ; Cass., 9 janv. 1901, D. 1901. 1. 450.

2935. Comparaison des servitudes avec les droits d'usage et les obligations. — On vient de voir que certaines charges peuvent être constituées tantôt à l'état de servitude prédiale, tantôt à l'état de droit d'usage, tantôt à l'état de simple promesse de la part d'un débiteur. Ainsi le droit de consommer tous les ans un nombre déterminé de stères de bois à prendre dans une forêt peut revêtir l'une ou l'autre de ces trois formes. Il est donc intéressant de savoir ce que les parties ont pu faire, et quand elles avaient le choix, ce qu'elles ont *voulu* faire.

Caractères des simples obligations personnelles. — Quand il y a simple obligation, on trouve les conséquences suivantes :

1º Il s'établit un *rapport obligatoire* entre les parties, qui est possible sans que la personne qui en profite soit propriétaire d'un immeuble.

2º Cette obligation peut avoir pour objet une *prestation positive*, une fourniture ou un travail à faire par le promettant.

3º Une fois créée elle est *transmissible aux héritiers* de l'une ou de l'autre partie ; le droit de *créance* passe aux héritiers du *créancier*, la *dette* aux héritiers du *débiteur*. Mais les acquéreurs à titre particulier du fonds sur lequel s'exécute la charge n'en sont pas tenus, à moins qu'ils ne s'y soient spécialement obligés.

Caractères communs aux droits d'usage et aux servitudes. — Mise sous la forme d'un *droit réel* (comme servitude prédiale ou comme droit d'usage), cette même charge offre des *caractères tout différents* :

1º Elle ne peut avoir pour objet principal une *prestation positive* à effectuer par un *fournisseur* ou un *travailleur*. Ainsi l'usager ou le propriétaire du fonds dominant sera obligé d'aller chercher ou d'envoyer chercher le bois auquel il a droit ; si une prestation positive a été promise, le contrat vaudra comme engagement personnel.

2º La transmission passive de la charge est régie par d'autres principes que ceux des obligations : c'est une *charge réelle* qui pèse successivement sur tous les *propriétaires*, quels qu'ils soient, du fonds grevé, mais elle ne se transmet pas aux *héritiers* du constituant indépendamment de la possession de cet immeuble. Le constituant n'a pas contracté d'obligation personnelle, en dehors de la garantie, dans les cas où elle a lieu.

Caractères distinctifs des droits d'usage et des servitudes. — A leur tour la *servitude prédiale* et le *droit réel d'usage* diffèrent entre eux sur trois points :

1° Quand il y a véritablement servitude prédiale, le droit ne peut être constitué qu'autant que la personne qui doit en profiter est *propriétaire d'un immeuble* : « Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium » (*Institutes*, liv. II, tit. 3, § 3), tandis que le droit d'usage peut être acquis indépendamment de toute propriété foncière (Trib. de Marmande, 6 juin 1913, D. 1914. 2. 97 et la note).

2° Autre différence pour la *durée* : la servitude prédiale est généralement *perpétuelle* ; le droit d'usage est nécessairement *temporaire* et au plus *viager*.

3° Pour la *transmission du droit* : la question ne se pose pas pour les droits d'usage qui sont *incessibles*. La servitude prédiale, considérée comme droit actif, est transmissible, mais, comme telle, elle est *inséparable de la propriété du fonds*.

§ 2. — *Modes d'établissement des servitudes.*

****2936. Énumération.** — La loi indique trois modes d'établissement des servitudes : le *titre* et la *possession de trente ans* (art. 690), la *destination du père de famille* (art. 692).

A. — Acquisition des servitudes par titre.

***2937. Définition.** — Le *titre* a ici le sens d'*acte juridique* (negotium), et non pas d'écrit ou *acte probatoire* (instrumentum) ; quand on dit qu'une servitude est « *établie* par titre », on fait allusion à son mode de création et non à sa preuve. Un écrit peut bien servir à démontrer, à établir en justice l'existence d'une servitude ; il n'en est pas l'acte créateur. Dans l'art. 690, le titre est donc ce qui sert à *constituer* la servitude, indépendamment de toute difficulté relative à la preuve.

Le mot « titre » est d'ailleurs une *expression générique*, qui comprend à la fois les *contrats* et les *testaments*. La servitude peut s'établir entre vifs, par un contrat (*vente*, *donation*, etc.), ou bien au décès du constituant, au moyen d'un *legs*.

****2938. Étendue d'application.** — Le titre, tel qu'il vient d'être défini, peut servir à l'établissement *d'une servitude quelconque*, continue ou discontinue, apparente ou non apparente, et c'est le seul mode d'établissement des servitudes qui ait cette généralité d'application. C'est donc la source *la plus large* des trois ; les deux autres ne peuvent créer que certaines catégories de servitudes.

2939. Formes. — Quand la servitude est constituée par titre, il faut naturellement observer les formes établies pour le genre d'acte qu'on emploie : par exemple celles de la donation ou du testament, si la servitude est donnée entre vifs ou léguée. Mais la loi n'a établi aucune règle particulière à raison de cette circonstance que l'acte a pour objet la constitution d'une servitude. La constitution d'une servitude par un acte entre vifs à titre onéreux peut donc se faire sous *seings privés*, et cet écrit lui-même n'est nécessaire que comme moyen de preuve. On pourrait suppléer à son absence, pour prouver la convention créatrice

de la servitude, par témoins ou par présomptions, s'il existait un commencement de preuve par écrit ou si l'intérêt en litige n'excédait pas 150 francs (Cass., 25 janv. 1893, D. 93. 1. 82, S. 93. 1. 244. Comp. Cass., 13 févr. 1877, D. 78. 1. 259). La constitution d'une servitude par titre peut même être *tacite* et résulter implicitement de la combinaison des clauses et stipulations d'un contrat.

2940. Établissement tacite de la servitude d'indivision forcée. — Il y a une servitude qu'on rencontre assez fréquemment dans la pratique et dont il est difficile de préciser le mode d'établissement : c'est *l'indivision forcée.* On entend par là l'impossibilité pour les copropriétaires de certaines choses communes d'en demander le partage. C'est une servitude négative du genre de celle dont parle le Code civil allemand (art. 1019), dont l'effet est d'enlever à un propriétaire l'exercice d'une faculté qui lui appartient en vertu de son droit de propriété. Cette servitude s'établit pour les *parties communes* qui desservent plusieurs propriétés, provenant du partage d'une propriété plus grande ; par exemple pour des allées, des cours, des puits, des sentiers, des fosses d'aisances, etc. Les copropriétaires, obligés de rester dans l'indivision, sont privés du droit d'en demander le partage, droit qui leur appartient en vertu de l'art. 815. Cette servitude offre ce caractère particulier qu'elle est *réciproque* et qu'elle existe à la fois au profit et à la charge de tous les communistes. C'est une situation qui se retrouve pour un certain nombre d'autres servitudes (ci-dessus, nos 2908 et 2909).

D'où résulte une pareille servitude? Ce ne peut pas être de la destination du père de famille qui n'est applicable qu'aux servitudes *apparentes* (art. 692 et 694), et il s'agit ici d'une servitude invisible, purement négative. Ce ne peut être qu'en vertu d'un *titre* : on doit considérer l'acte de partage, qui a divisé les lots en affectant certaines parties à leur usage commun, comme ayant *créé implicitement* cette servitude. Il y a une difficulté : c'est que l'art. 815, après avoir proclamé le principe d'après lequel *nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision*, ajoute que toute convention contraire est nulle quand elle est perpétuelle et ne peut être valable que pour cinq ans. Mais la règle de l'art. 815 ne s'applique qu'aux choses qui font l'objet principal du droit de propriété, et non aux *dépendances* ou parties accessoires affectées au service commun de plusieurs propriétés différentes. La convention d'indivision forcée et perpétuelle est permise pour ces sortes de choses (Cass., 17 mai 1887, D. 88. 1. 60, S. 90. 1. 315 ; Cass., 24 avril 1907, D. 1909. 1. 316, S. 1908. 1. 95).

Cette jurisprudence peut s'autoriser d'un exemple donné par la loi elle-même pour une autre situation tout à fait semblable : celle des *clôtures mitoyennes.* Là aussi l'état d'indivision de la propriété s'accompagne d'une servitude spéciale d'indivision perpétuelle et forcée, qui est établie de plein droit et par la loi. Il y a identité de motifs pour autoriser la même servitude dans les autres parties de terrains ou de bâtiments affectées à un usage commun. Ainsi la servitude d'indivision forcée est *légale* dans le cas de mitoyenneté d'une clôture ; *conventionnelle* dans tous les autres cas où elle est possible.

****2941. Transcription des servitudes.** — Lorsqu'une servitude est *constituée entre vifs*, la convention qui l'établit doit être transcrite. Quand elle est *établie par testament*, la *transcription n'est pas nécessaire* puisque nos lois n'établissent pas la publicité des mutations par décès. C'est là une lacune véritable. Tout acheteur risque de trouver une *servitude occulte* établie sur son fonds par le testament d'un ancien propriétaire.

2942. Transcription des servitudes établies par donation. — Y a-t-il lieu de faire transcrire l'acte constitutif d'une servitude à titre de donation entre vifs? L'art. 939 C. civ., qui régit la transcription en matière de donations, n'exige point cette formalité pour les servitudes. Il s'exprime en effet de la façon suivante : « Lorsqu'il y aura donation de *biens susceptibles d'hypothèques...* » Or le droit de servitude, à la différence de la propriété et de l'usufruit, ne peut pas être hypothéqué (art. 2118). Mais le système de la transcription a été *considérablement élargi* par la loi du 23 mars 1855. Cette loi commence, dans son art. 1er, par reproduire la disposition de la loi de brumaire qui s'exprimait dans les mêmes termes

que l'art. 939 et n'établissait la publicité que pour les droits susceptibles d'hypothèques; puis, dans son art. 2, elle va beaucoup plus loin et elle étend le système de la transcription à tous les autres droits immobiliers non susceptibles d'être hypothéqués, et parmi eux on trouve en première ligne les *servitudes*.

Le défaut de concordance entre le texte du Code et la loi de 1855 a fait naître une question : En supposant qu'un des droits énumérés dans l'art. 2 de la loi de 1855 soit *constitué à titre gratuit*, y a-t-il lieu de transcrire? L'opinion générale est que ce texte est assez large pour comprendre même les constitutions de servitudes à titre gratuit. La loi ne distingue pas en effet, ni dans l'art. 1er ni dans l'art. 2, entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux : « *Tout acte entre vifs* », dit l'art. 1er ; « *tout acte constitutif* », dit l'art. 2. — Il est bien vrai que l'al. final de l'art. 11 déclare qu' « il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des donations », mais ceci signifie simplement que lorsqu'une donation est soumise à la transcription en vertu de l'art. 939, elle sera entièrement régie par les dispositions du Code, et non par celles de la loi de 1855. Du reste, ce n'est point « déroger » à une loi que d'en combler les lacunes. Enfin il avait été admis que la loi de brumaire, dont la formule sur ce point était identique à celle de la loi de 1855, gouvernait les donations aussi bien que les autres actes entre vifs.

Ainsi les constitutions de servitudes à titre gratuit faites depuis le 1er janvier 1856 doivent être transcrites, mais il est bon de remarquer qu'elles sont soumises à la publicité *en vertu de la loi de* 1855, car le défaut de publicité n'est pas *sanctionné* de la même manière que si elles étaient régies par l'art. 939 : la liste des personnes ayant le droit d'opposer le défaut de transcription n'est pas la même dans les deux cas. Voyez ci-dessus, nº 2631.

B. — Acquisition des servitudes par prescription.

2943. Ancien droit. — En cette matière, les coutumes et l'ancienne jurisprudence n'offrent que divergences et confusion (1). La règle la plus remarquable était formulée par les coutumes de Paris (art. 186) et d'Orléans (art. 225), qui prohibaient entièrement l'acquisition des servitudes par la prescription, quelque longue qu'elle fût, et établissaient la règle : *Nulle servitude sans titre.* Cette règle était fort ancienne à Paris. Elle se trouve déjà dans le *Grand coutumier* (Liv. II, chap. XXXVIII) et dans les *Coutumes notoires* (chap. VIII), qui sont du XIVe siècle.

2944. Division. — Deux questions principales sont à résoudre : *Quelles servitudes* peuvent s'acquérir par prescription? *Quelle est la durée* de la prescription des servitudes? Sur ces deux points notre droit donne des solutions restrictives, défavorables à l'acquisition des servitudes par ce moyen, mais sans aller jusqu'à la prohibition complète comme le faisait la coutume de Paris. Nous verrons ensuite quels caractères doit avoir la possession des servitudes pour conduire à l'usucapion.

1º Détermination des servitudes susceptibles d'être acquises par prescription.

****2945. Double condition de continuité et d'apparence.** — Les seules servitudes qui puissent s'acquérir par prescription sont celles qui sont tout à la fois *continues* et *apparentes* (art. 690). Telles sont les servitudes de vue et d'aqueduc. Ainsi les servitudes discontinues, telles que la servitude de passage, ne peuvent pas s'acquérir par un long usage, alors même

(1) La meilleure dissertation sur la prescription des servitudes se trouve dans B. d'Argentré (sous l'art. 271 de l'ancienne coutume de Bretagne, vº *Sans titre*). Pothier en parle à peine (*Introd. au titre XIII de la coutume d'Orléans*, nº 10 ; *De la prescription*, nº 286). Dunod de Charnage ne donne guère que des solutions locales pour la Franche-Comté. On peut voir aussi les commentaires de Ferrière sous l'art. 186 de la coutume de Paris

qu'elles seraient annoncées par un signe apparent ; il en est de même des servitudes non apparentes, alors même qu'elles seraient continues, comme la servitude de ne pas bâtir. A plus forte raison, la prescription est-elle impossible pour les servitudes qui ne sont ni continues ni apparentes, comme la servitude de passage que n'annonce aucun signe extérieur.

***2946. Suppression de la possession immémoriale.** — Les servitudes qui ne réunissent pas les deux qualités requises par la loi ne peuvent être acquises *même par une possession immémoriale* (art. 691). Ceci a été exprimé dans le Code pour écarter une solution admise dans beaucoup de coutumes, qui tout en rejetant la prescription pour les servitudes discontinues, portaient qu'on pouvait les acquérir par une possession immémoriale, c'est-à-dire plus que centenaire. La raison en était que la possession centenaire était considérée non comme une prescription, mais comme la *preuve d'un titre régulier* : « Non tam est præscriptio quam titulus » (Dumoulin, sur le tit. I de la coutume de Paris, § XII, glose 7, nº 14 ; *Conseil*, nº 26 ; Pothier, *De la prescription*, nº 278 ; Dunod de Charnage, 3e partie, chap. vi).

2947. Maintien des servitudes antérieures au code. — La loi ne devant pas avoir d'effet rétroactif, l'art. 691, al. 2, décide que les servitudes, même non continues et non apparentes, acquises sous l'empire de l'ancien droit, continueront à subsister. Cette réserve est fort équitable ; seulement les propriétaires éprouveront le plus souvent une grande difficulté pour établir que la prescription leur était déjà acquise en 1803.

***2948. Application de l'usucapion au mode d'exercice des servitudes.** — Aux termes de l'art. 708 : « Le mode de la servitude peut se prescrire, comme la servitude même et de la même manière. » Malgré la place qu'il occupe dans la section IV, consacrée aux modes d'extinction des servitudes, ce texte donne une solution générale qui, par la portée absolue de ses termes, comprend l'*extension* de la servitude aussi bien que sa *diminution*. Du reste on ne gagnerait rien à écarter l'art. 708, car l'application des principes généraux conduit aux mêmes résultats. Les actes faits au delà de ce qui était permis peuvent faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux que celui qui aurait dû être suivi, s'il s'agit d'une servitude *continue et apparente*, mais non s'il s'agit d'une servitude discontinue ou non apparente. Ainsi celui qui n'avait par son titre que le droit d'ouvrir une seule fenêtre, et qui en a pratiqué deux dans son mur, acquiert par la prescription le droit de conserver la seconde fenêtre, mais celui qui a acquis le droit de traverser le fonds voisin à pied seulement, ne peut pas acquérir par un usage abusif le droit de passer avec des voitures ou des troupeaux, parce que la servitude de passage est discontinue. Un mode d'exercice plus avantageux doit être considéré comme une *acquisition nouvelle*, un *supplément de servitude* : cette acquisition partielle est régie par les mêmes principes que l'acquisition entière de la servitude : elle est donc impossible pour les servitudes qui ne s'acquièrent pas par prescription.

2949. Critique de la double condition exigée par la loi. — Les auteurs du Code se sont trouvés placés entre deux systèmes extrêmes : il y avait d'une part la coutume de Paris, qui rejetait la prescription, et même la possession immémoriale, pour toute espèce de servitudes (art. 186) et dont la disposition avait été déclarée applicable dans les coutumes muettes (arrêt du Parlement de Paris, du 6 février 1782) ; d'autre part, un certain nombre de coutumes (Artois, 72 ; Auvergne, XVII, 1-4 ; Boulenois, 120 ; Ponthieu, 115 ; etc.) qui admettaient la prescription pour toutes servitudes sans distinction. Ils les ont rejetés l'un et l'autre pour adopter un système intermédiaire, déjà admis dans certaines régions, et que, dès le xvie siècle, B. d'Argentré avait exposé en termes très clairs. Cet auteur commence par dire que la prescription des servitudes continues est possible parce qu'elle résulte de la possession naturelle et permanente des ouvrages faits pour l'exercice de la servitude (1). Mais il exige en même temps pour elles que leur possession ait été connue du pro-

(1) « Servitutum præscriptiones perfici putant ex sola naturali possessione, per eas notas quas diximus, citra ullam civilem (possessionem), id est citra animum cujusque possessoris, realiter scilicet » (art. 271, vº Sans titre, nº 10). D'Argentré veut dire que les

priétaire du fonds servant (1). Quant aux servitudes discontinues, il les déclare imprescriptibles conformément au droit romain (2). Dans Dunod de Charnage la même distinction est présentée sous une forme à peu près semblable : les servitudes discontinues sont considérées par lui comme imprescriptibles parce qu'elles sont *latentes* et ne paraissent que quand on les exerce. Comp. ci-dessus, nº 2898.

Condition d'apparence. — Ceci n'est pas la condition ordinaire de *publicité*, qu'exige l'art. 2229 pour admettre une possession comme utile au point de vue de l'usucapion. En effet on considère comme non apparentes les servitudes de puisage, de pacage, etc., alors que les actes de possession par lesquels s'exercent de pareilles servitudes sont parfaitement visibles extérieurement et s'accomplissent au grand jour ; on ne suppose pas que celui qui prétend avoir une pareille servitude se relève la nuit pour aller tirer de l'eau ou pour mener ses bestiaux à la pâture ou à l'abreuvoir. S'il s'agissait pour lui d'acquérir la propriété du réservoir, du four ou du terrain, sa possession serait réputée publique ; on la traite comme non apparente, s'il s'agit d'une simple servitude. Cette rigueur est inutile et il suffisait de s'en référer aux règles ordinaires qui exigent pour la prescription une *possession non clandestine*.

Condition de continuité. — Celle-ci se justifie moins encore. Nous connaissons la raison primitive qui a fait distinguer entre les servitudes continues et discontinues pour la possibilité de la prescription. Elle est exposée tout au long par Cujas et par Ferrière (*Corps et compilation... sur la coutume de Paris*, art. 186, glose I, nº 11) : c'est que ces servitudes s'exerçant par des actes isolés n'étaient pas considérées comme susceptibles d'une possession continue : « continuam possessionem non habent » ; « on ne peut pas aller et venir sans cesse sur le fonds d'autrui, sur lequel on a la servitude du chemin » (Ferrière, *loc. cit.*). Tel était déjà le langage des jurisconsultes romains : « Tales sunt servitutes (prædiorum rusticorum) ut non habeant certam continuamque possessionem ; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur » (Paul, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 1, fr. 14, princip.). Cette considération est la *cause historique* de la distinction faite par notre droit, depuis le xvie siècle, entre les deux espèces de servitudes : la chose est certaine ; les textes précités, et bien d'autres, ne laissent aucun doute. — Nos auteurs modernes ont pourtant abandonné cette explication parce qu'elle est *théoriquement fausse*. Ils estiment avec raison que les *servitudes discontinues* sont parfaitement susceptibles d'une *possession continue*, dans le sens où l'on prend ce mot dans la théorie de l'usucapion. Qu'est-ce qu'une possession continue? C'est celle qui suppose des actes d'exercice assez rapprochés pour que les intervalles qui les séparent ne puissent être pris pour des lacunes, en comparaison de l'état normal (ci-dessus, nºs 2458 et 2459). On peut donc considérer celui qui exerce régulièrement une servitude de passage ou de puisage aussi fréquemment que le comportent ses besoins comme ayant la possession continue de cette servitude, bien que celle-ci soit en elle-même discontinue dans un autre sens du mot. Les auteurs modernes admettent ainsi la possibilité d'une possession continue dans un cas où les anciens la jugeaient impossible. La conception nouvelle est plus juste que l'ancienne.

L'ancienne explication étant abandonnée, beaucoup d'auteurs qui veulent à toute force trouver un motif rationnel aux dispositions de la loi, ont imaginé autre chose : l'exercice des servitudes discontinues, se composant d'actes isolés, ne cause qu'une gêne insignifiante et passagère au propriétaire du fonds, qui doit être réputé les tolérer par esprit de bon voisinage, ou parce que leur réalisation ne lui cause aucun dommage. Ces servitudes, quand elles ne s'appuient pas sur un titre, se trouvent ainsi entachées de *précarité* ; elles s'exercent *à titre de tolérance*, ce qui rend la prescription impossible en vertu de l'art. 2232 (ci-dessous,

notæ (signes extérieurs de la servitude) en conservent la possession réelle ou naturelle, indépendamment des règles du droit romain qui exigent l'*animus* du possesseur, des actes répétés de sa part, pour conserver la possession civile.

(1) « Nec præscriptio procedit, nisi scientia et patientia adversarii probetur » (*ibid.*, nº 11).

(2) « Alterum caput est de discontinuis, hoc est quæ facto hominis exercentur... atque hæ jure civili nullo tempore acquiruntur, id est impræscriptibiles sunt, nisi quidem tempore immemoriali quod vim tituli et constituti juris habet » (*ibid.*, nº 12).

nos 2955 et suiv.). — Cette explication ne vaut pas mieux que l'autre ; elle a en effet le tort d'ériger en présomption absolue une circonstance, la tolérance à titre précaire, qui souvent n'existe pas : beaucoup de propriétaires exercent en fait des servitudes de ce genre, non pas par tolérance, mais avec la prétention d'avoir un véritable droit. Pour eux la présomption qu'on prête à la loi tombe à faux.

Conclusion. — L'utilité de la règle qui écarte la prescription pour les servitudes discontinues est fort contestable. Il aurait bien mieux valu laisser la prescription des servitudes sous l'empire des principes généraux : leur acquisition eût été possible par cette voie toutes les fois que l'exercice aurait été public et suffisamment fréquent pour constituer une possession continue, et le fait de les exercer par tolérance, *quand il eût été démontré*, en eût empêché à tout jamais la prescription. Du reste c'est à peu près à ce résultat qu'on en est arrivé, grâce à la jurisprudence ; voyez sur ce point le numéro suivant.

****2950. État de la question dans la pratique.** — La rigueur du Code a eu dans la pratique un résultat inattendu. On a jugé la décision de la loi trop rigoureuse pour certains propriétaires, réellement pourvus de servitudes dont les titres ne se retrouvent pas ; cet inconvénient se rencontre surtout pour les *droits de passage*, dont l'origine est souvent fort ancienne et inconnue. La jurisprudence a trouvé un moyen ingénieux d'éviter aux propriétaires la déchéance de droits très légitimes : ne pouvant reconnaître un droit de servitude par prescription à celui qui passe depuis plus de trente ans sur le fonds d'autrui, elle le reconnaît *propriétaire du terrain utilisé par lui comme allée ou comme sentier* ; la loi l'empêche d'acquérir une *servitude* ; elle ne l'empêche pas d'acquérir la *propriété* (Cass., 7 févr. 1883, D. 84. 1. 128, S. 84. 1. 320). Le propriétaire du fonds traversé est loin d'y gagner ; la protection excessive que la loi lui accorde se retourne contre lui ; au lieu d'avoir à supporter une simple servitude, il se voit exproprié de son terrain ou tout au moins obligé de subir une copropriété. — Cette jurisprudence est applicable à toutes les servitudes discontinues : on déclarera celui qui a prescrit propriétaire unique ou copropriétaire, selon les cas, du *lavoir*, du *four*, de l'*abreuvoir*, du *puits*, etc., dont il s'est servi.

2° Durée de la prescription des servitudes.

***2951. Solution admise.** — Au bout de combien de temps une servitude continue et apparente peut-elle être acquise par prescription? D'après l'opinion générale, le Code aurait tranché expressément la question en disant, dans l'art. 690, que ces servitudes s'acquièrent « *par la possession de trente ans* ». Ceci, dit-on, a été écrit pour exclure la prescription par dix à vingt ans, dans les cas où la servitude a été constituée par une personne qui n'était pas propriétaire du fonds servant. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dès 1834 (D. 35. 2. 1, S. 35. 2. 134), et c'est aujourd'hui une solution établie que personne ne conteste plus (Aubry et Rau, § 251, texte et note 1 ; Demolombe, t. XII, n° 781 ; Laurent, t. VIII,

n° 194; Huc, t. IV, n° 420. — Besançon, 12 déc. 1906, S. 1907. 2. 298).

2952. Critique de l'opinion courante. — La vérité est que les auteurs du Code n'ont pas prévu la question. En parlant de la possession de trente ans dans l'art. 690, ils ont voulu simplement condamner la solution donnée autrefois par les coutumes de Paris et d'Orléans qui représentaient le droit commun du royaume, et d'après lesquelles les servitudes ne pouvaient jamais s'acquérir par une prescription sans titre : « On a pensé, disait le tribun Albisson, qu'une possession de trente ans étant suffisante pour faire acquérir une maison ou un fonds de terre, il n'y a pas de raison pour la regarder comme insuffisante pour acquérir sur cette maison ou sur ce fonds un droit de servitude » (Fenet, t. XI, p. 326). Les auteurs de la loi ont donc supposé que le fonds servant était possédé par son véritable propriétaire et ils se sont seulement demandé si l'on continuerait à exiger rigoureusement un titre du voisin qui prétendrait exercer une servitude. L'hypothèse complexe d'une servitude constituée par un possesseur du fonds servant qui n'en serait pas propriétaire ne paraît pas être entrée dans leurs prévisions.

Du reste, dans l'ancien droit, le propriétaire voisin qui se faisait régulièrement constituer une servitude par le possesseur du fonds servant était considéré comme un possesseur muni d'un titre et on ne lui faisait pas l'application de la règle rigoureuse « Nulle servitude sans titre ». Sous l'empire de la Coutume de Paris, Eusèbe de Laurière lui permettait formellement de prescrire par dix à vingt ans (*Coutume de Paris*, t. II, p. 166). B. d'Argentré dit de même que la prescription est admise dès qu'elle s'appuie sur un titre : « De his servitutibus quæ ex titulo præscriptæ prætendantur » (*ibid.*, n°s 13 et 14). Quant à Dunod de Charnage, il écarte la prescription de dix à vingt ans, mais pour des raisons qui ne s'appliquent qu'aux servitudes discontinues (3e partie, chap. vi). La question pouvait donc être considérée comme entière sous l'empire des textes nouveaux : l'art. 2265 établit la prescription de dix à vingt ans en termes assez généraux pour s'appliquer même aux servitudes : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre *un immeuble...* » Pour en empêcher l'application aux servitudes, il eût fallu un texte prohibitif plus formel que l'art. 690 dont la rédaction incomplète s'explique par l'état antérieur du droit.

Au point de vue rationnel, la solution admise ne se justifie par aucun motif. On peut tenir pour la prescription de dix à vingt ans le même langage que tenait Albisson pour la prescription trentenaire ; elle ferait acquérir la propriété ; pourquoi serait-elle incapable de faire acquérir une servitude? Si le voisin, au lieu de se faire concéder une simple servitude d'aqueduc, avait acheté la bande de terrain où il va faire passer un canal ou des tuyaux, il en deviendrait incontestablement propriétaire au bout de dix à vingt ans ; on ne voit pas pourquoi, quand il acquiert le même droit à titre de servitude, le bénéfice de la prescription lui est refusé.

2953. Rareté pratique de la question. — La question est de nature à se présenter rarement dans la pratique, car elle suppose une combinaison de circonstances assez compliquées : il faut : 1° que la servitude soit constituée par un possesseur non propriétaire du fonds servant ; 2° que le voisin, qui acquiert la servitude, croie traiter avec le propriétaire ; 3° que ce voisin ait eu le temps d'usucaper la servitude par dix à vingt ans, selon le lieu où se trouve le domicile du vrai propriétaire ; 4° que ce vrai propriétaire revendique dans l'intervalle nécessairement restreint qui s'écoule entre l'usucapion de la servitude par le voisin (dont on suppose le délai accompli) et l'achèvement de la prescription trentenaire qui ferait acquérir la propriété au possesseur du fonds servant, car, aussitôt que la propriété est acquise à ce possesseur par l'effet de l'usucapion, la servitude constituée par lui devient valable sans qu'il soit besoin de prescription pour elle.

3° De la possession des servitudes.

2954. Conditions exigées. — La loi ne s'est pas expliquée sur les conditions que la possession des servitudes doit réunir pour conduire à l'usucapion. Il faut donc appliquer les règles spéciales de l'art. 2229.

1° La possession doit d'abord *exister* avec son double élément, l'*animus* et le *corpus*. Si l'élément intentionnel fait défaut, c'est que les faits constitutifs de la possession s'accomplissent *à titre de simple tolérance*, et la possession de la servitude est *entachée de précarité*; ce n'est pas une possession véritable, et la prescription est impossible.

2° Quand la possession existe, il faut de plus qu'elle soit *exempte de vices*. Pour les servitudes comme pour la propriété, les vices qui rendent l'usucapion impossible sont la *discontinuité*, la *clandestinité*, la *violence* et l'*équivoque*. La discontinuité est rendue impossible par la disposition arbitraire de la loi qui n'admet l'acquisition par prescription que pour les servitudes continues; les servitudes qui exigent des actes répétés pour leur exercice étant écartées, la qualité de continuité dans la possession se trouve nécessairement réalisée dans les servitudes prescriptibles qui supposent toutes un état de choses permanent. Les vices de violence ou de clandestinité sont faciles à concevoir; il n'en est pas de même du vice d'équivoque dont la pratique n'offre pas d'exemples pour les servitudes.

***2955. Des actes de simple tolérance.** — La *précarité* que nous avons déjà rencontrée à propos de la propriété, où elle consiste à posséder une chose par la permission d'autrui, se représente, sous une forme analogue, à propos des servitudes. Elle consiste à accomplir sur le fonds d'autrui, *à titre de simple tolérance*, des actes qui seraient l'exercice d'une servitude si leur auteur prétendait les faire en vertu d'un droit. L'exemple le plus fréquent est *le passage sur le terrain d'autrui*. Mais la même circonstance peut se produire pour une servitude quelconque, pour une servitude continue, telle que le fait d'ouvrir *des fenêtres* à une distance du fonds voisin moindre que la distance légale; l'ouverture de ces fenêtres peut être tolérée par le propriétaire voisin. La jurisprudence offre d'autres exemples : tel est le cas du propriétaire d'une prairie, qui, chaque année après la récolte, autorisait *la tenue d'une foire sur son pré*.

Ces actes sont accomplis à de longs intervalles, et compatibles avec la jouissance ordinaire de la chose par le propriétaire; ils sont *tolérés* par celui-ci, parce qu'ils ne lui causent aucun préjudice appréciable. Quelquefois même il en tire profit, comme le propriétaire du pré, dans l'exemple ci-dessus indiqué, qui bénéficiait d'un engrais gratuit par la présence des nombreux animaux amenés à la foire. Que s'il en résulte pour lui une gêne plus ou moins grande, comme cela peut arriver par suite du passage de personnes étrangères à travers une cour ou un champ, on présume qu'il a consenti à supporter cette gêne pour entretenir de bonnes relations avec ses voisins. De là leur nom d'*actes de simple tolérance*.

Telle est la forme sous laquelle se produit la précarité dans la possession des servitudes. Celui qui agit ainsi sur le fonds d'autrui, en vertu de la permission expresse ou tacite du propriétaire, *reconnaît implicitement qu'il est sans droit propre sur la chose*, ce qui exclut chez lui l' « animus domini ». Il est même à remarquer que le mot « précarité » se prend ici tout à fait dans son *sens romain* de *concession bénévole et révocable*; il est donc beaucoup plus exact que lorsqu'on l'emploie pour désigner la possession exercée pour le compte d'autrui par un fermier ou un locataire.

***2956. Inefficacité de la possession précaire des servitudes.** — La précarité produit pour les servitudes les mêmes effets que pour la détention entière de la chose; elle est exclusive de la vraie possession, faute d'un élément essentiel. La possession précaire d'une servitude ne sert à rien : *les actions possessoires ne peuvent pas être exercées*; *aucune prescription n'est possible*; aux termes de l'art. 2232, les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Si la loi en avait décidé autrement, sa disposition se serait retournée contre son but : les propriétaires, menacés de voir acquérir des servitudes sur leurs fonds par l'effet de la prescription, se seraient montrés plus rigoureux et auraient empêché une foule d'actes qui s'accomplissent librement, parce qu'ils sont utiles à tous et sans danger pour les propriétaires.

2957. Nécessité d'un empiètement sur le droit d'autrui. — Pour que la possession soit capable de conduire à l'usucapion d'une servitude, il faut, de plus, *qu'elle constitue un empiètement sur les droits d'autrui*. Celui qui ne dépasse pas son propre droit n'a rien à prescrire : sa possession, si prolongée qu'elle soit, n'ajoutera rien aux avantages dont il jouit déjà. On peut, par là, comprendre le sens de l'art. 2232, lorsqu'il dit que « les *actes*

de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription » (1). Prenons un exemple pour éclaircir ce point. Le propriétaire d'un terrain bâtit en plaçant un des murs de sa construction *sur l'extrême limite qui le sépare du terrain voisin.* Dans ce mur, qui lui est *privatif*, la loi lui permet d'ouvrir ce qu'on appelle des *jours de souffrance*, fenêtres à fer maillé et à verre dormant (art. 676 et 677). C'est pour lui une pure faculté que la loi lui reconnaît en sa qualité de propriétaire du mur ; en ouvrant ces jours, dans les conditions déterminées par la loi, il ne porte aucune atteinte au droit de son voisin. Par conséquent, cette situation ne peut lui donner aucun avantage nuisible à celui-ci. Y eût-il plus de trente ans que le mur existe avec ses ouvertures, le voisin pourra toujours les faire fermer après avoir acquis, comme la loi le lui permet (ci-dessus, nos 2514 à 2518), la mitoyenneté du mur. Ces jours de souffrance sont restés ce qu'ils étaient ; ils ne se sont pas transformés en *servitude de vue* sur le fonds voisin ; ils doivent donc disparaître quand le mur change de qualité et devient mur mitoyen ; aucune prescription n'a pu courir au profit du propriétaire du mur (Cass., 7 mai 1873, D. 74. 1. 88, S. 73. 1. 427).

2958. Emplacement des ouvrages qui rendent la servitude apparente. — Est-il nécessaire que les travaux et ouvrages qui annoncent au dehors la servitude soient faits sur le fonds servant? ou bien peuvent-ils être faits sur le fonds dominant, pourvu qu'ils soient visibles pour le propriétaire du fonds servant? Cela dépend de la nature de la servitude ; les travaux doivent être faits à l'endroit où la servitude doit être exercée. Ainsi, pour une servitude de vue, l'ouverture placée à la distance prohibée se trouve nécessairement dans un bâtiment construit sur le fonds dominant ; pour une servitude d'aqueduc, qui doit traverser le terrain voisin, aucune prescription n'est possible s'il n'y a eu aucun empiétement sur le fonds servant. Une difficulté s'est cependant élevée pour les travaux qui permettent d'acquérir une servitude d'usage sur les eaux d'une source ; la question est assez complexe pour être étudiée à part.

***2959. Difficultés relatives aux droits d'usage sur les sources.** — Le propriétaire d'une source ne peut plus en disposer à sa volonté, lorsque les propriétaires des fonds inférieurs ont acquis sur elle, d'une manière quelconque, un droit d'usage que le propriétaire est obligé de respecter (ci-dessus, no 2412). Ce droit peut être acquis par prescription « si le propriétaire du fonds inférieur a fait des *ouvrages apparents* destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau » (art. 642). Or la nature de ces travaux donnait lieu à une controverse, que la Cour de cassation avait tranchée en exigeant des travaux faits *sur le fonds supérieur* (Cass., 16 juill. 1857, D. 57. 2. 182 ; Cass., 4 mars 1885, D. 86. 1. 34, S. 88. 1. 108 ; Cass., 5 juill. 1893, D. 93. 1. 595, S. 93. 1. 376). Cette jurisprudence rencontrait l'opposition d'une grande partie de la doctrine ; on pouvait en effet démontrer d'une manière certaine que les auteurs du Code avaient tout justement condamné l'interprétation qu'on donnait à leur texte (2). Mais la loi du 8 avril 1898 a consacré la jurisprudence par un texte formel : il faut que les ouvrages d'où résulte l'existence d'une servitude apparente aient été faits « *sur le fonds d'où jaillit la source* ». Toute controverse se trouve par là supprimée.

Questions subsidiaires. — On se demandait *de quel genre devraient être les ouvrages*

(1) Pendant longtemps on a fait à l'art. 2232 une grande réputation de difficulté ; mais cette réputation n'était pas méritée. La disposition, bien comprise, est assez simple : elle concerne uniquement la *prescription acquisitive* et signifie que nul n'a une possession capable de lui faire acquérir un droit nouveau par usucapion, quand il s'est borné à accomplir des actes qui étaient soit une pure faculté pour lui, soit une simple tolérance de la part d'autrui. Au premier cas, il n'a pas dépassé son propre droit ; au second, il a reconnu celui d'autrui. A cela se mêle cette autre idée, juste en elle-même, mais qui n'est pas exprimée dans la loi, qu'il y a, à côté des *droits*, sujets à prescription, certaines *facultés* naturelles ou légales qui sont imprescriptibles. C'est un autre point de vue qui concerne la *prescription extinctive*, et il en est traité aux nos 2167 et suiv., ci-dessus. Comp. Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 232 à 264.

(2) Dans le projet de Code, l'art. 642 disait « ouvrages *extérieurs* » (Fenet, t. XI, p. 270), expression conforme à celle qu'emploie l'art. 689 pour définir les servitudes apparentes. Le mot fut changé et remplacé par le mot « *apparents* », dans la crainte qu'on ne l'entendît dans le sens de « *extérieurs au fonds* », faits sur le fonds voisin (voyez les observations du Tribunat, dans Fenet, t. XI, p. 282-285). Les travaux préparatoires du Code sont sur ce point aussi concluants que possible.

faits par l'usager. La jurisprudence exigeait qu'ils fussent *permanents*; ainsi le fait de curer un fossé situé dans le fonds supérieur ne suffirait pas (Cass., 5 juill. 1893). Le mot « permanents » a été introduit dans le texte du Code en 1898 (art. 642, al. 2). Mais il n'est pas nécessaire que ce soit un ouvrage en maçonnerie; un simple fossé peut suffire (même arrêt).

On se demande encore si la prescription est possible dans les conditions qu'indique la loi, au profit d'un propriétaire *éloigné*, dont le fonds est séparé du lieu d'origine de la source par un ou plusieurs fonds intermédiaires? Il semble bien que le Code n'avait prévu l'acquisition de la servitude qu'au profit du propriétaire dont le fonds touche immédiatement celui où jaillit la source. C'est ce qui résulte 1° des mots « le propriétaire DU fonds inférieur », qui prouvent que la loi n'a considéré la chose comme possible que pour un seul fonds; au cas contraire, elle aurait dit : D'UN fonds inférieur; — 2° de ce que les travaux doivent avoir été faits pour faciliter la *chute* de l'eau, c'est-à-dire son passage de la propriété où elle jaillit dans la propriété inférieure (art. 642). En tout cas, la nécessité de faire les travaux sur le fonds supérieur rend l'application de l'article plus difficile au bénéfice d'un fonds éloigné.

C. — Établissement des servitudes par destination du père de famille.

****2960. Définition.** — La destination du père de famille est l'acte par lequel une personne établit entre deux héritages qui lui appartiennent (ou entre deux parties d'un même héritage) un *état de fait qui constituerait une servitude s'il s'agissait de deux héritages appartenant à deux propriétaires différents*. Tant que les deux immeubles appartiennent au même propriétaire, *la servitude n'existe pas*, à cause de la règle « Nemini res sua servit ». Mais, s'ils viennent à être séparés pour appartenir à des propriétaires différents, *la servitude prend naissance*, sans titre ni prescription; la cause qui la fait naître reçoit donc un nom particulier; c'est la « destination du père de famille » (propriétaire). De là l'art. 692 : La destination du père de famille *vaut titre*, c'est-à-dire qu'elle est un mode de constitution différent du titre et qui en dispense. La même formule se trouvait déjà dans la première rédaction de la coutume de Paris, faite en 1510 (art. 91).

****2961. Éléments constitutifs.** — D'après l'art. 693, qui définit la destination du père de famille, ses éléments constitutifs sont au nombre de deux. Il faut : 1° *Que les deux fonds, aujourd'hui séparés, aient jadis appartenu au même propriétaire*; 2° *Qu'il soit prouvé que les choses ont été mises par lui dans leur état actuel* : il a créé l'état de fait d'où sortira plus tard la servitude nouvelle, qui n'a jamais existé encore (1).

****2962. Servitudes susceptibles de s'établir par ce mode.** — D'après

(1) La coutume de Paris, dans sa rédaction de 1580 (art. 216), exigeait de plus que la destination du père de famille fût *constatée par écrit*. Comp. Cout. d'Orléans, art. 228. Le Code civil a supprimé cette condition. Les auteurs anciens n'étaient pas d'accord sur l'interprétation de cette condition supplémentaire. D'après Pothier, on exigeait l'écrit uniquement pour prouver que c'était bien le propriétaire des deux fonds qui avait mis les lieux dans leur état actuel (sous l'art. 228 cout. d'Orléans, édit. Bugnet, t. I, p. 321-322); mais Ferrière, qui semble mieux informé, l'explique en disant que le propriétaire qui aliène un des deux fonds ou qui partage le fonds primitif doit énoncer dans l'acte son intention d'établir la servitude (sous l'art. 216 de Paris). Ainsi entendue, la destination du père de famille cessait d'être pour les servitudes un mode de constitution distinct du titre.

l'art. 692, la destination du père de famille ne vaut titre qu'autant que la servitude est tout à la fois *continue et apparente* (1).

***2963. Explication de l'art. 694.** — A la suite des art. 692 et 693 qui règlent l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, les auteurs du Code ont placé une disposition ainsi conçue : « Si le propriétaire de deux héritages *entre lesquels il existe un signe apparent de servitude*, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, *elle continue d'exister* activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné » (art. 694). Il y a évidemment là une disposition voisine de celle de l'art. 692. Toutefois une différence est visible entre les deux textes : l'art. 692 exige que la servitude soit à la fois *continue et apparente* pour la faire résulter de cette opération muette qui s'appelle la destination du père de famille ; l'art. 694 se contente d'un *signe apparent de servitude*, il n'est pas nécessaire que la servitude soit continue. La disposition de l'art. 694 pourrait donc s'appliquer à une servitude de passage, laquelle n'est cependant pas susceptible, étant discontinue, de s'établir par destination du père de famille. Qu'est-ce à dire? Est-ce que la loi modifie ce qu'elle vient de faire dans l'art. 692 et que la destination du père de famille se trouve élargie par l'art. 694 et applicable même aux servitudes discontinues? On ne peut supposer que deux articles qui se suivent de si près se contredisent. Il faut donc trouver en quoi consiste la *différence entre les deux hypothèses* prévues par ces deux textes et réglées diversement par eux.

Selon moi, voici comment la distinction doit se faire. L'art. 692 s'occupe de la *création d'une servitude nouvelle* par destination du père de famille ; la servitude n'a jamais existé auparavant, et elle se produit d'abord à l'état de fait avant de naître comme servitude lors de la séparation des deux fonds. L'art. 694 s'occupe du cas où une servitude, établie par un procédé quelconque, *existait précédemment* entre deux héritages qui ont été un jour réunis dans les mêmes mains. La servitude s'est alors *éteinte par confusion* et il s'agit de savoir à quelles conditions elle *revivra*, lorsque les deux fonds viendront à être de nouveau séparés. « Elle *continue d'exister* », dit le texte ; ce qui est une expression très exacte, on verra que la confusion n'apporte qu'un obstacle temporaire à l'exercice de la servitude et ne l'éteint pas véritablement. La loi se contente d'un signe apparent de servitude, c'est-à-dire d'un indice qui annonce l'intention de maintenir l'état de choses antérieur. La loi est donc plus facile pour *maintenir* la servitude

(1) Pothier ne faisait pas cette distinction entre les servitudes, puisque les coutumes de Paris et d'Orléans exigeaient un *écrit*, lequel suffisait alors pour toute espèce de servitude ; mais on la trouve énoncée par d'autres sous l'empire de coutumes différentes (Gui Coquille, *Coutume de Nivernois*, chap. x, art. 2, *in fine*).

que pour la *créer* : elle n'exige pas la condition de continuité. C'est de cette façon que le tribun Albisson a expliqué l'art. 694 dans son rapport au Tribunat (FENET, t. XI, p. 328), et il disait que cette disposition était nécessaire pour résoudre des difficultés qui s'élevaient sous l'ancien droit. On voit en effet dans Ferrière (*Coutume de Paris*, 2e édit., t. II, p. 1773-1776) que l'on s'était préoccupé de la question sans la résoudre.

Telle est la vérité historiquement certaine. Mais une opinion très répandue chez les auteurs modernes cherche ailleurs la différence à faire entre les art. 693 et 694. On prétend que le premier de ces articles vise le cas où le *titre* qui a séparé les deux héritages (vente, donation, partage, etc.) est *perdu* ou *inconnu*, tandis que l'art. 694 s'occupe du cas où il est *représenté*. Au premier cas, la servitude résulte suffisamment de la destination du père de famille, mais à la condition d'être tout à la fois continue et apparente. Au second cas, si le titre est muet sur la servitude, l'apparence suffira pour son établissement (DEMOLOMBE, t. XII, nº 821). La réfutation d'un pareil système n'est pas difficile. La circonstance que le titre est ou n'est pas représenté est un *fait postérieur* qui raisonnablement doit rester sans influence sur la création de la servitude, création qui est nécessairement contemporaine de la séparation des deux fonds. Pourquoi faire dépendre de cet événement accidentel le sort des servitudes apparentes, mais discontinues? Il n'y a à cela aucune raison. De plus, on méconnaît la rédaction des deux textes : l'un suppose que c'est le propriétaire commun des deux fonds qui a *mis* les choses dans le même état ; l'autre qu'il a maintenu un état antérieur, puisqu'il dit : « la servitude *continue* d'exister... » ; donc elle existait auparavant et il ne s'agit pas de la créer. — Comp. Cass., 3 déc. 1901, D. 1902. 1. 167, S. 1902. 1. 282 ; Cass., 6 nov. 1906, S. 1907. 1. 284.

CHAPITRE V

EXERCICE DU DROIT DE SERVITUDE

§ 1. — *Exercice matériel de la servitude.*

2964. Comment se détermine l'étendue de la servitude. — La façon de déterminer les actes que le propriétaire du fonds dominant peut accomplir en vertu de sa servitude varie selon l'origine de son droit : 1º pour la servitude *naturelle* et pour les *servitudes légales*, c'est *la loi* qui fixe l'étendue des charges qu'elles comportent et la manière dont elles doivent être exercées ; 2º les servitudes *du fait de l'homme* sont généralement établies par des *titres* qui en fixent la nature et l'objet. Quand il n'y a pas de titre, on a recours à l'examen des lieux ; 3º si la servitude a été acquise par *prescription*, on appliquera la règle « Tantum præscriptum, quantum possessum ». Le propriétaire qui possède des fenêtres ou des arbres trop près du fonds voisin et qui bénéficie de la prescription aura le droit de conserver ses fenêtres ou ses arbres à la distance prohibée, mais il n'aura pas le droit d'ouvrir de nouvelles fenêtres ou de planter de nouveaux arbres ; 4º enfin, au cas où la servitude est établie par *destination du père de famille*, l'état de fait d'où elle naît en détermine en même temps la nature et l'étendue.

2965. Respect réciproque dû aux deux fonds. — Dans l'exercice de la servitude, le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode (art. 701). De son côté, le propriétaire du fonds dominant doit user de son droit conformément à son titre ou à sa possession antérieure sans pouvoir faire aucun

changement de nature à aggraver la condition du fonds servant (art. 702). Comparez, pour l'écoulement des eaux naturelles, les dispositions des alinéas 2 et 3 de l'art. 640.

2966. Travaux d'établissement et d'entretien. — L'exercice d'une servitude exige souvent des travaux particuliers : il faut établir et entretenir un chemin pavé, un pont, un aqueduc, etc. Ces travaux peuvent toujours être faits par le propriétaire du fonds dominant (art. 697). En général, ils sont à ses frais (art. 698) et non pas aux frais du propriétaire asservi. Cependant une convention spéciale peut obliger le propriétaire du fonds servant à exécuter ces travaux lui-même et à ses frais (art. 698). Comp. ci-dessus, nº 2931. La convention qui impose cette charge au fonds servant est d'ordinaire, comme le suppose l'art. 698, le titre constitutif de la servitude ; mais cela peut se faire aussi par acte postérieur.

***2967. Caractères des obligations attachées à une servitude.** — Lorsqu'une obligation accessoire existe à la charge du propriétaire du fonds servant, elle constitue ce qu'on appelle une *obligation « propter rem »*, dont le propriétaire du fonds servant n'est tenu qu'en sa qualité de détenteur du bien grevé. Il en résulte :

1º Que cette charge passe aux propriétaires successifs du fonds servant et non aux héritiers du propriétaire, quand ils ne recueillent pas ce fonds dans sa succession ;

2º Que le propriétaire actuel du fonds servant peut *toujours s'affranchir* de cette obligation en abandonnant le fonds grevé de la servitude (art. 699). C'est un principe traditionnel dans notre droit qu'on peut s'affranchir par le *déguerpissement* de ces sortes de charges. Il n'est pas toujours nécessaire d'abandonner le fonds servant *en entier*, comme semble le suposer la loi : par exemple, lorsqu'il s'agit d'une servitude de passage, il suffit que le propriétaire du fonds servant abandonne le terrain occupé par le chemin pour se décharger de l'obligation de l'entretenir.

2968. Entretien des travaux dans l'intérêt du fonds servant. — Le Code allemand établit une règle qui serait applicable en France par raison d'équité : lorsque, pour l'exercice d'une servitude, l'ayant droit possède un ouvrage sur le fonds grevé, il peut être contraint à l'entretenir en bon état dans l'intérêt de ce fonds (art. 1020, C. civ. all.), par exemple à empêcher les *fuites* d'un canal ou d'un aqueduc sur le fonds servant.

***2969. Effet de la division du fonds servant.** — Quand le fonds servant vient à être partagé, *la servitude continue à subsister dans le même état qu'auparavant.* La question de savoir si chaque parcelle est grevée de la servitude dépend donc de la façon dont celle-ci est exercée. Ainsi la servitude de ne pas bâtir sur une étendue déterminée de terrain, ne se trouve modifiée en rien par le partage de ce terrain. Il en est de même du droit de prendre un certain nombre de mètres cubes de sable ou de pierres dans une carrière : chaque partie de la carrière fournira, après division, sa part proportionnelle dans la quantité commune. Mais si l'exercice de la servitude était *localisé sur une partie du fonds servant*, comme le droit d'user d'un chemin, d'un four, d'un puits, d'un abreuvoir, le partage du fonds servant aurait pour résultat de libérer toutes celles de ses parties qui ne contiendraient pas l'endroit où s'exerce la servitude.

***2970. Effet de la division du fonds dominant.** — Lorsque c'est le fonds dominant qui est partagé, *la servitude subsiste en principe pour toutes ses parties.* Toutefois, s'il était reconnu que la servitude n'avait d'utilité que pour l'une ou quelques-unes d'entre elles, il serait juste de décider qu'elle s'éteint pour les autres. En tout cas, la division du fonds dominant ne doit pas avoir pour effet d'augmenter la charge du fonds servant (art. 700). Par exemple, la quantité d'eau ou de bois due par le fonds servant ne peut pas grossir par l'augmentation du nombre des maisons construites sur les parcelles du fonds dominant. Par exemple encore, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les propriétaires devront l'exercer par le même endroit (art. 700).

2971. Déplacement de l'assiette de la servitude. — Le propriétaire du fonds grevé peut demander que l'assiette de la servitude soit déplacée, lorsque l'exercice en est localisé sur un point, et qu'il est devenu trop onéreux pour lui. Le propriétaire assujetti peut alors offrir à l'autre propriétaire un endroit différent pour l'exercice de la servitude, et celui-ci ne peut le refuser, pourvu qu'il soit aussi commode que le premier (art. 701). Les motifs du déplacement sont appréciés par les juges et les frais sont à la charge du propriétaire du

fonds servant. — Le droit de déplacer le lieu d'exercice de la servitude existe alors même qu'il aurait été fixé précédemment par une convention ou un jugement (Cass., 19 juin 1882, D. 83. 1. 288, S. 84. 1. 120).

2972. Rapprochement des servitudes et de la propriété. — La plupart des charges que les propriétaires exercent sur les fonds voisins à titre de servitudes peuvent également être l'effet d'un droit de propriété ou de copropriété : plusieurs paysans font cuire leur pain dans un même four, se servent en commun d'une cour qui dessert leurs habitations, mènent leurs bestiaux boire au même abreuvoir, etc. ; il est possible que le four, le terrain de la cour ou l'abreuvoir soit la propriété d'un seul d'entre eux, et que les autres s'en servent seulement *jure servitutis*. Il est possible aussi que la chose leur soit commune à tous et que tous s'en servent à titre de propriétaires.

Les deux situations étant *également possibles en droit*, la distinction à faire entre elles devient une simple *question de fait*, dont l'appréciation est parfois fort délicate. En général, la copropriété indivise provient d'un partage de famille, du morcellement d'une ancienne propriété plus considérable. Dans ce cas, même quand l'acte de partage est muet sur la question des servitudes ou de l'usage des parties communes, ou encore quand le titre est perdu, le fait de l'unité primitive des propriétés étant connu, le juge pourra aisément admettre que les propriétaires des parcelles actuelles sont dans l'état d'indivision forcée (ci-dessus, nº 1851) pour l'usage des cours intérieures, des fours, des abreuvoirs, etc., dont l'existence est antérieure au partage.

Dans toute autre hypothèse, l'absence complète de titre laisse la question douteuse, et le juge ne peut se guider que sur des indices matériels, tels que la situation des lieux et la conduite antérieure des parties. Si ces indices font défaut, l'embarras du juge pourra être très grand, car il n'y a ici aucune présomption légale, soit en faveur de la copropriété, soit en faveur de la servitude.

Présomption légale pour les sentiers d'exploitation. — La question qui vient d'être examinée se pose également pour les *sentiers d'exploitation*, mais pour eux la difficulté d'appréciation a disparu depuis la loi du 20 août 1881, qui décide, dans son art. 33, que ces chemins et sentiers sont présumés, en l'absence de titre, appartenir aux riverains, à chacun en droit soi, mais que l'usage en est commun à tous.

Intérêts de la question. — La distinction de la servitude et du droit de propriété présente des intérêts multiples :

1º Si le droit s'exerce à titre de propriété, il peut être prescrit par trente ans de posssession ; au contraire, si c'est à titre de servitude que le droit a été exercé, aucune prescription n'est possible dans la plupart des cas, parce que presque toujours il s'agit d'*actes d'usage* sur la chose d'autrui qui constituent des *servitudes discontinues* ;

2º Si les communistes usent de la chose en qualité de copropriétaires, ils n'ont pas à craindre la perte de leur droit par le *non-usage* et peuvent rester sans danger pendant trente ans sans s'en servir. Leur droit sera perdu au bout de ce temps, s'ils n'ont qu'une simple servitude ;

3º Si un droit de passage est exercé à titre de servitude, le propriétaire du fonds traversé peut en imposer aux autres le déplacement, conformément à l'art. 701. Si le passage est exercé en vertu d'un droit de propriété, le terrain du chemin étant considéré comme indivis entre tous les ayants droit, le déplacement n'en sera possible qu'avec le consentement de tous les intéressés. Comp. Chambéry, 15 juill. 1890, S. 92. 1. 218.

§ 2. — *Exercice des actions possessoires.*

2973. Silence des textes. — Une servitude peut-elle faire l'objet d'une action possessoire lorsque celui qui prétend l'avoir est troublé en fait dans l'exercice de son droit? Dans le Code allemand, la question est réglée par l'art. 1029, qui accorde la protection possessoire aux servitudes de toute espèce, sous une double condition, conforme aux principes généraux ; il faut : 1º que la servitude soit inscrite au registre foncier ; 2º qu'elle ait été

exercée, au moins une fois, dans l'année qui a précédé le trouble. En France, nous n'avons aucun texte relatif aux actions possessoires en matière de servitudes ; c'est la jurisprudence qui en régit l'exercice.

2974. Distinctions établies par la jurisprudence. — La jurisprudence a de tout temps *admis l'action en complainte* en cas de trouble apporté à la jouissance d'une servitude *continue et apparente*, pourvu que la possession en fût *annale*, condition qui n'est que l'application du droit commun.

Au contraire, la jurisprudence refuse, en principe, la possibilité d'agir au possessoire pour une servitude *discontinue ou non apparente*. C'est principalement pour le droit de passage que la question se présente devant les tribunaux. Les arrêts décident que l'action en complainte pour trouble à la possession annale d'un chemin n'est pas recevable, un tel droit n'étant qu'une servitude discontinue, à moins qu'il ne soit prouvé que le passage est dû à titre de copropriété du chemin (Cass., 2 juill. 1862, D. 62. 1. 355, S. 62. 1. 1040 ; Cass., 25 mars 1863, D. 63. 1. 415, S. 63. 1. 315).

Cependant *l'action possessoire est accordée lorsque la servitude discontinue ou non apparente s'appuie sur un titre* ; le titre fait *disparaître la présomption de précarité ou de tolérance* attachée à l'exercice d'une servitude discontinue ; dès lors la servitude, étant exercée en vertu d'un droit, fait l'objet d'une véritable possession juridique et donne lieu à la complainte (Cass., 16 juill. 1849, D. 49. 1. 193, avec une note de M. Nicias-Gaillard ; Cass., 27 mars 1866, D. 66. 1. 339). Cette jurisprudence est fort ancienne ; elle trouve déjà son principe formulé dans Pothier (*De la possession*, n°s 90 et 91) et elle s'est maintenue sans varier (Cass., 30 juillet 1889, D. 90. 1. 437, S. 91. 1. 405 ; Cass., 14 avril 1893, D. 93. 1. 415, S. 93. 1. 463 ; Cass., 16 juill. 1900, S. 1902. 1. 12).

La jurisprudence se montre même assez large *pour admettre l'existence d'un titre*. D'une part, elle n'exige pas un acte juridique spécial, pour les servitudes dont la constitution est autorisée par la loi, comme la servitude légale de l'art. 643 ou le passage pour enclave ; on dit qu'il y a un *titre légal* pour l'exercice de la servitude (Cass., 19 déc. 1854, D. 55. 1. 73 ; Cass., 25 juin 1860, D. 60. 1. 284). D'autre part, quand le titre est un acte particulier, il n'est pas nécessaire qu'il fasse *preuve complète* de l'existence du droit ; il suffit qu'il la rende *vraisemblable* (Cass., 7 juin 1848, D. 48. 1. 58 ; Cass., 1er févr. 1893, D. 93. 1. 208, S. 93 1. 132).

CHAPITRE VI

EXTINCTION DES SERVITUDES

§ 1. — *Modes d'extinction prévus par le Code.*

A. — Impossibilité d'user.

2975. Langage inexact du Code. — « Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user », dit l'art. 703. « Elles revivent, ajoute l'art. 704, quand les choses sont rétablies de manière qu'on en puisse user... » — *Cessent, revivent*, ces deux expressions sont inexactes, et c'est à tort que la loi admet ici l'impossibilité d'user parmi les causes qui éteignent les servitudes. Quand il y a impossibilité d'user, il y a un *obstacle de fait*, qui empêche l'exercice de la servitude ; mais le *droit* en lui-même subsiste et pourra être à nouveau exercé si les choses sont remises en état : il ne « revit » pas à proprement parler ; il *continue d'exister*. Son exercice seul a été interrompu. La loi fait elle-même l'application de cette idée, au cas de reconstruction d'un mur ou d'une maison, en transportant sur le nouveau mur ou sur le nouveau bâtiment les servitudes actives et passives qui existaient pour l'ancien (art. 665).

2976. Comment se produit l'extinction de la servitude. — L'impossibilité d'user amène indirectement l'extinction de la servitude, si elle se prolonge assez longtemps pour que la prescription soit acquise ; les art. 665 et 704 le disent formellement. Seulement, dans ce cas-là, ce n'est pas l'impossibilité d'user qui éteint la servitude, c'est le *non-usage*, qui est un mode d'extinction à part (ci-dessous, n° 2977). Au cas où l'impossibilité d'user apparaîtrait dès le début comme définitive, il se produit encore un mode d'extinction particulier qui est la *perte de la chose*.

B. — Non-usage.

****2977. Conditions générales.** — La servitude est éteinte au bout de *trente ans* quand l'ayant droit ne l'exerce pas (art. 706). Au fond, il s'agit d'une *prescription extinctive* ; traditionnellement on lui donne le nom de *non-usage*. Le propriétaire du fonds dominant est censé renoncer à son droit, quand il reste si longtemps sans l'exercer ; les servitudes ne sont tolérées qu'à la condition d'être *utiles* : quand leur inutilité est démontrée, la loi les supprime.

Il n'y a pas à distinguer si la *cause* qui amène le non-usage est *volontaire* ou *forcée*. Le défaut d'exercice de la servitude est peut-être dû à une *force majeure* ; la prescription extinctive s'accomplit néanmoins, comme le prouvent les art. 665 et 704, qui en font l'application au cas où le propriétaire du fonds dominant a été mis dans *l'impossibilité d'user* par une circonstance de fait. Cette décision de la loi n'a rien d'injuste, car le propriétaire menacé par la prescription a toujours le moyen de l'interrompre en obtenant, à l'amiable ou en justice, une reconnaissance de l'existence de son droit.

La prescription peut être *interrompue*, soit par de nouveaux actes d'exercice, soit par une reconnaissance obtenue du propriétaire du fonds servant. Elle peut aussi être *suspendue* par les causes ordinaires qui suspendent la prescription.

***2978. Point de départ.** — Le moment à partir duquel on compte le délai du non-usage varie selon la nature des servitudes. Pour les *servitudes discontinues*, dont l'exercice se compose d'actes isolés, la prescription court à compter du jour où a été fait le *dernier acte* d'exercice de la servitude (art. 707). Pour les *servitudes continues*, qui s'exercent au moyen d'un état de fait naturel ou artificiel, le point de départ est le jour où il a été fait *un acte contraire à la servitude* (art. 707). Par exemple, la servitude consistait à avoir une fenêtre trop près du terrain du voisin, ou un barrage à travers la rivière, appuyé sur l'autre rive. Les trente ans courront du jour où la fenêtre aura été bouchée, du jour où le barrage aura été renversé. De même pour la servitude de ne pas bâtir : trente ans après le commencement des travaux, la démolition de la maison ne pourra plus être exigée par le propriétaire du fonds dominant.

Peu importe la cause qui a amené l'interruption dans l'exercice de la servitude continue : la loi n'exige pas que l'*acte* contraire à la servitude soit l'œuvre du propriétaire assujetti. La *personne* qui fait cet acte est donc *indifférente* ; ce pourrait même être *un tiers*, qui aurait par exemple coupé les tuyaux de conduite ou l'aqueduc amenant l'eau dans le fonds dominant. L'interruption pourrait même se produire *par cas fortuit* : la rupture des tuyaux est parfois accidentelle ; le non-usage accomplit néanmoins son office. On l'a ainsi jugé pour une servitude d'appui, après que le barrage eut été enlevé par une crue de la rivière (Cass., 3 mars 1890, D. 91, 1. 37, S. 90. 1. 245).

2979. Non-usage partiel. — Aux termes de l'art. 708 : « Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière. » Cela signifie que le *non-usage partiel* a le même effet extinctif que le non-usage total et qu'il diminue la servitude dans la mesure où elle n'a pas été exercée. La servitude, qui n'a été utilisée qu'en partie, se trouve après trente ans *amoindrie* et ne peut plus être exercée à l'avenir dans sa pléni-

tude. Le Code ne fait aucune distinction ; mais la Cour de cassation en fait une ; elle juge que la servitude est intégralement conservée, quand son exercice a été volontairement réduit par le maître du fonds dominant qui en a usé conformément à ses besoins ; la servitude ne se trouve amoindrie qu'autant que la restriction de son mode d'exercice est due à un obstacle matériel (Cass., 5 juin 1860, D. 61. 1. 252 ; Cass., 29 août 1882, D. 83. 1. 341) (1).

C. — Confusion.

***2980. Définition.** — Lorsque la propriété du fonds dominant passe, d'une manière quelconque, au propriétaire du fonds servant, ou réciproquement, la servitude s'éteint par confusion, parce qu'un propriétaire ne peut pas avoir de servitude sur sa propre chose (art. 705). La confusion est donc pour les servitudes ce que la consolidation est pour l'usufruit, une application de la maxime : *Nemini res sua servit.*

***2981. Effets.** — L'extinction de la servitude par l'effet de la confusion n'est pas toujours définitive ; il arrive assez souvent que la servitude revit quand la confusion cesse, c'est-à-dire quand les deux fonds entre lesquels elle existait se trouvent de nouveau aux mains de deux propriétaires différents. Pour déterminer dans quels cas la servitude reparaît alors, il y a lieu de faire plusieurs distinctions.

Si la confusion cesse en vertu d'une *cause rétroactive*, qui efface fictivement l'acquisition d'où la confusion est résultée, la servitude reparaît alors *toujours*, parce que la confusion est réputée ne s'être pas produite. Exemple : le propriétaire du fonds dominant achète le fonds servant, la confusion éteint la servitude ; mais le prix d'achat n'est pas payé et le vendeur fait résoudre la vente et reprend son bien. La résolution de la vente étant rétroactive, c'est comme si l'achat n'avait pas eu lieu ; la confusion est effacée, et la servitude existe encore ; elle est considérée comme n'ayant jamais été éteinte.

Si la confusion cesse *sans effet rétroactif*, par exemple si le propriétaire unique des deux fonds vend ou lègue l'un d'eux, en principe la servitude *ne revit pas.* Toutefois la loi maintient la servitude, s'il existe entre les deux fonds *un signe apparent* qui l'annonce (art. 694). On a déjà vu (ci-dessus, nº 2963) que, d'après l'explication la plus vraisemblable, cet article s'applique aux servitudes éteintes par confusion, pour les faire en quelque sorte *ressusciter* après la séparation des deux fonds.

§ 2. — *Modes d'extinction non prévus par le Code.*

2982. Perte de la chose. — La servitude s'éteint lorsque la chose sur laquelle elle portait vient à périr. C'est une règle commune ; les droits ne peuvent subsister sans objet. La *chose* dont la disparition fait perdre la servitude n'est autre que le fonds servant. Sa suppression peut être le résultat d'une *expropriation pour cause d'utilité publique.* Par exemple la maison est rasée et le terrain annexé au domaine public ; le propriétaire du fonds dominant perd sa servitude, mais il reçoit une indemnité (L. 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

(1) Cette jurisprudence est une réaction contre une décision fâcheuse donnée par le Code. Il avait paru logique à Domat que la prescription, qui a pour effet de faire perdre entièrement les servitudes, pût aussi avoir pour effet de les réduire (*Loix civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, nº 5). C'est cette idée nouvelle que les rédacteurs du Code adoptèrent ; mais la pratique a montré que cette fois la tradition valait mieux que le rationalisme. L'art. 708 conduisait, pour les servitudes discontinues, à des solutions inadmissibles (Dupret, *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 821 et suiv.). Et c'est pourquoi la Cour de cassation a saisi le moyen qu'on lui offrait de limiter à un cas exceptionnel l'application de l'art. 708, de sorte que, dans l'état normal, cet article est comme non avenu en ce qui concerne la prescription extinctive partielle des servitudes discontinues. Comp. Demolombe, t. XII, nos 1029 et 1030.

2983. Terme extinctif. — Bien que la servitude soit perpétuelle de sa nature, les parties sont libres d'en limiter la durée par un *terme*, et l'arrivée du terme fixé met fin à la servitude. En fait, cette convention est des plus rares. Elle se comprendrait, au profit d'édifices temporaires, construits par un locataire (ci-dessus, nº 2528).

2984. Condition résolutoire. — Même observation que pour le terme extinctif. La condition aura l'effet d'une simple extinction *in futurum*, car on ne voit pas comment on appliquerait la rétroactivité à la cessation d'une jouissance, qui est un fait non susceptible de s'effacer.

2985. Résolution du droit du constituant. — Application pure et simple de la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, au cas où le droit de propriété de celui qui a constitué la servitude se trouve rétroactivement anéanti.

***2986. Prescription de dix à vingt ans au profit d'un tiers.** — Le fonds servant est possédé comme libre de servitude par un tiers qui a juste titre et bonne foi ; au bout de dix ou de vingt ans, il en aura prescrit la propriété contre le véritable propriétaire : a-t-il de même prescrit la liberté de son immeuble contre l'action confessoire des voisins qui prétendent exercer sur lui des servitudes? Une jurisprudence constante, approuvée par la majorité de la doctrine, rejette cette cause d'extinction des servitudes. L'argument qui a assuré le triomphe de cette opinion est que l'art. 706 n'admet l'extinction de la servitude par non-usage qu'au bout de trente ans ; cet article est conçu en termes absolus qui rendent impossible une prescription plus courte.

§ 3. — *Extinction des servitudes en cas d'indivision.*

***2987. Effet de l'indivisibilité des servitudes.** — Les servitudes sont *indivisibles* (ci-dessus, nº 2890) et cette indivisibilité les empêche de s'éteindre au profit d'une partie indivise du fonds servant ou aux dépens d'une partie indivise du fonds dominant. Il en résulte que si la cause d'extinction ne se produit que pour une ou quelques-unes seulement de ces parts indivises, la servitude subsiste pour le tout. Cet effet se remarque au cas de *confusion* et au cas de *prescription*.

Confusion partielle. — Si le propriétaire du fonds dominant n'acquiert qu'une part indivise du fonds servant ou inversement, la servitude ne s'éteint pas et subsiste entière, parce que la cause d'extinction n'a lieu que pour une part indivise. Comp. Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introd. au tit. XIII, nº 14. C'était la solution romaine (Paul, au *Digeste*, liv. VIII, tit. 2, fr. 30, § 1).

Interruption partielle de prescription. — Quand le fonds dominant est indivis, il n'est pas nécessaire que tous les copropriétaires usent de la servitude en même temps ou à tour de rôle ; il suffit *qu'un seul des ayants droit* s'en soit servi et ait fait des actes d'exercice pour l'empêcher de s'éteindre par non-usage (art. 709). *En conservant son droit, il a conservé celui des autres.*

Suspension partielle de la prescription. — Supposons qu'aucun des copropriétaires n'ait exercé la servitude ; mais il en est un parmi eux qui était *mineur* ou *interdit* et au profit duquel la prescription se trouvait suspendue par la loi. Son droit n'a pas pu se perdre par non-usage pendant tout le temps qu'a duré sa minorité ou son interdiction. Par conséquent, la servitude, qui est conservée à son profit, se trouve conservée au profit de tous (art. 710). « Minor relevat majorem in individuis », disait Dumoulin.

2988. Effet du partage. — On conçoit très facilement l'application des art. 709 et 710, quand l'indivision du fonds dominant se prolonge : si la question d'extinction de la servitude est soulevée *pendant que l'indivision dure encore*, nul doute que tous les intéressés ne bénéficient des dispositions de la loi. Mais voici que les copropriétaires du fonds domi-

nant procèdent au partage et ce fonds est attribué en entier à l'un d'eux. Pas de doute encore si celui qui le reçoit dans son lot est justement *celui contre lequel la prescription n'avait pas couru* ; il continue à bénéficier, et pour le tout désormais, des actes interruptifs qu'il avait faits ou de la cause de suspension établie à son profit. Mais si l'on suppose que l'immeuble est mis *au lot d'un autre*, on doit se demander si les art. 709 et 710 sont encore applicables. En effet, le droit français considère le partage comme *rétroactif* et, aux termes de l'art. 883, les biens que chaque propriétaire reçoit dans son lot sont censés avoir toujours été sa propriété exclusive, à partir du jour où l'indivision a commencé. Si on combine l'art. 883 avec les art. 709 et 710, il en résulte que l'on ne doit pas tenir compte des causes d'interruption ou de suspension qui ont pu se produire du chef d'une autre personne, réputée désormais étrangère, même dans le passé, à la propriété du fonds dominant. La Cour de cassation l'a ainsi jugé (2 déc. 1845, D. 46. 1. 21 ; Cass., 29 août 1853, D. 53. 1. 230) pour le cas où il y avait parmi les cohéritiers un mineur ; l'héritier majeur, qui avait reçu l'immeuble dans son lot, a été déclaré non recevable à se prévaloir de la cause de suspension. — Mais cette décision est très généralement critiquée, et à bon droit. Les art. 709 et 710 déclarent que la prescription est interrompue ou suspendue *à l'égard de tous*. Donc le bénéfice en devait être *acquis* à tous les copropriétaires pendant l'indivision, et quel que soit celui d'entre eux qui obtienne ensuite l'immeuble, on devrait dire que la prescription a été interrompue ou suspendue à son profit. Comp. Huc, t. IV, n° 466.

III. — Emphytéose.

CHAPITRE UNIQUE

2989. Bibliographie. — Pépin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*, 1843. — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, 1879. — Tocilesco, *Étude sur l'emphytéose*, thèse, Paris, 1883.

***2990. Définition.** — Dans l'empire romain, l'emphytéose (*jus emphyteuticum*) était ce qu'elle est encore : *un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui*, qui ne pouvait s'établir que *sur les biens fonds* et qui s'obtenait *moyennant le paiement d'une rente annuelle* appelée « canon ». Le droit de l'emphytéose était si étendu qu'il ressemblait à la propriété ; c'est lui qui a été l'origine du *dominium utile*, qui joua un grand rôle au moyen âge et jusqu'à la Révolution (ci-dessus, n° 2326).

Le droit réel appelé « emphytéose » s'établit par un contrat spécial, le *bail emphytéotique*, dans lequel le preneur, à raison du droit qui lui appartient, porte le nom d'*emphytéote*. Nous n'avons à étudier ici l'emphytéose que comme droit réel ; l'étude du bail emphytéotique, considéré comme contrat, et des obligations qu'il crée entre les parties rentre dans les contrats spéciaux, c'est une variété de *louage*. Voyez le t. II.

2991. État de la législation avant 1902. — L'emphytéose avait été admise dans notre ancien droit, conformément aux lois romaines, et elle avait pour effet d'opérer la décomposition de la propriété en *domaine direct* et *domaine utile*, avec transfert de celui-ci à l'emphytéote. Sous la Révolution elle fit d'abord l'objet d'une loi du 18 décembre 1790, qui réduisit sa durée la plus longue à 99 ans et défendit d'établir des emphytéoses perpétuelles, mais qui n'en changea nullement la nature. Au contraire, les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII la modifièrent considérablement : elles placèrent l'emphytéose à côté de l'usufruit, montrant par là l'intention du législateur de ne plus admettre l'existence du domaine utile et de ne laisser au preneur qu'un simple droit de jouissance sur la chose d'autrui. — Quant au Code, il n'a même pas prononcé le nom de l'emphytéose, et Tronchet

a affirmé que, si l'on ne s'en était pas occupé, c'est que ce contrat n'avait plus d'objet (FENET, t. XV, p. 160).

2992. Jurisprudence. — Par suite du silence de la loi, beaucoup d'auteurs pensaient que le Code avait même retiré à l'emphytéose son caractère de droit réel, et que le preneur n'avait plus, comme dans le louage ordinaire, qu'un droit personnel de jouissance sous la forme d'une créance contre le bailleur, si bien que toutes les conséquences de la réalité du droit, notamment l'hypothèque et l'action possessoire, disparaissaient (DEMOLOMBE, t. IX, nos 489-491 ; AUBRY et RAU, § 224 *bis* ; GUILLOUARD, *Louage*, t. I, no 10). Cette opinion s'appuyait sur des considérations sérieuses ; néanmoins la jurisprudence n'a jamais hésité à admettre la réalité du droit de l'emphytéote et la question ne se plaidait plus depuis longtemps (Cass., 26 juin 1822, S. 22. 1. 362, DALLOZ, *Répert.*, vo Louage emphyt., no 4 ; Cass., 1er avril 1840, S. 40. 1. 433 et 436 ; Cass., 18 mai 1847, D. 47. 1. 176, S. 47. 1. 623 ; Cass., 26 avril 1853, D. 53. 1. 145, S. 53. 1. 445 ; Cass., 24 août 1857, D. 57. 1. 326. — Comp. COLMET DE SANTERRE, t. II, no 378 *bis*, IV ; LAURENT, t. XIII, nos 340 et suiv.). Par suite, dans la pratique, l'emphytéose a toujours existé avec sa nature ancienne de droit réel, sinon avec tous les caractères qu'elle eut jadis (1).

2993. Loi actuelle. — Le Code rural, que nos chambres discutent par fragments, contenait dans le titre V de son livre Ier une réglementation complète de l'emphytéose, qui est devenue la loi du 25 juin 1902.

***2994. Caractères de l'emphytéose.** — La plupart des arrêts antérieurs à 1902 considèrent le bail emphytéotique comme *translatif de propriété* ou comme opérant tout au moins la *décomposition du domaine* en domaine utile et en domaine direct (arrêts du 26 juin 1822, du 1er avril 1840, du 24 juillet 1843, du 18 mai 1847). C'est une fausse conception historique, dont l'inanité se laisse facilement découvrir : l'idée d'une translation temporaire de la propriété ne peut trouver aucun argument, ni dans l'histoire, ni dans l'analyse du contrat ; le dédoublement de la propriété en domaine direct et domaine utile serait contraire aux lois les plus importantes de la période intermédiaire, et il faudrait effacer la Révolution française pour y revenir. Du reste, la rédaction de ces arrêts a beaucoup perdu de sa valeur depuis que les travaux publiés sur l'histoire du droit ont mieux fait connaître les transformations de la propriété foncière, l'influence qu'a eue sur elle la théorie de l'emphytéose, ainsi que la nature des réformes opérées au cours de la Révolution, et il est probable que la Cour de cassation ne rédigerait plus aujourd'hui ses arrêts en de pareils termes (2). La loi des 15 sept.-16 oct. 1791 qualifiait encore l'emphytéose de *propriété réversible*, c'est-à-dire de domaine utile susceptible de se réunir un jour au domaine direct ; mais les deux grandes lois hypothécaires de la Révolution, le décret du 9 messidor an III et la loi du 11 brumaire an VII, ne voyaient plus dans l'emphytéose qu'un simple droit de jouissance sur la chose d'autrui, et tel est à plus forte raison le langage de la loi actuelle.

L'EMPHYTÉOSE EST UN DROIT IMMOBILIER. — Le louage emphytéotique ne peut porter que sur des immeubles (L. 25 juin 1902, art. 1er). Avant 1902 l'existence de l'emphytéose comme droit réel immobilier a été parfois contestée par les parties, quand l'administration de l'enregistrement voulait percevoir sur un bail emphytéotique le droit afférent aux immeubles ; ce n'était qu'un subterfuge pour échapper au fisc, et le caractère immobilier du droit ne faisait plus de doute depuis longtemps. Par suite, en cas de saisie, il faut employer les formes de la saisie immobilière.

(1) En Roumanie l'emphytéose existe encore ; elle est expressément maintenue par l'art. 415 C. civ., mais il est interdit d'en créer de nouvelles. Celles qui subsistent sont encore soumises au régime établi par les anciens Codes Caragea (Valachie) et Calimach (Moldavie). Sur ce régime, voyez ALEXANDRESCO, p. 227-241.

(2) On retrouve cependant l'idée que l'emphytéose est un domaine utile, exprimée encore de nos jours dans les arrêts de Belgique (Bruxelles, 6 janv. 1873, *Pasicrisie belge*, 1873. 2. 61 ; Bruxelles, 15 juill. 1882, D. 83. 2. 102). On doit d'autant moins parler de domaine utile dans notre droit moderne que nous n'avons plus que des emphytéoses temporaires et que dans l'ancien droit les emphytéoses perpétuelles avaient seules pour effet incontestable de transférer le domaine utile au preneur (TOCILESCO, thèse, Paris, 1883, p. 243-246).

L'EMPHYTÉOSE EST SUSCEPTIBLE D'HYPOTHÈQUE. — La loi de 1902 consacre expressément pour le preneur la faculté d'hypothéquer (art. 1er). Ceci avait toujours été admis par la jurisprudence (Cass., 19 juill. 1832, S. 32. 1. 531 ; Cass., 26 janv. 1864, D. 64. 1. 83) et c'était une de ses décisions les plus hardies, car l'art. 2118, qui énumère limitativement les droits susceptibles d'être hypothéqués, indique seulement comme tels la propriété et l'usufruit, et l'exclusion de l'emphytéose avait été volontaire.

L'EMPHYTÉOSE EST SUJETTE A TRANSCRIPTION. — D'après l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855 la transcription est requise pour tous les actes contenant transmission de *droits réels susceptibles d'hypothèque*. Ce caractère ayant toujours été reconnu à l'emphytéose, l'obligation de transcrire en résulte nécessairement. Par suite l'emploi du pluriel : « droits réels susceptibles d'hypothèque », mots que la loi de 1855 a reproduits de la loi de brumaire, à côté de la mention expresse qu'elle fait du droit de propriété, trouve encore son application, puisque ces droits sont actuellement au nombre de deux : l'usufruit et l'emphytéose.

L'EMPHYTÉOSE EST NÉCESSAIREMENT TEMPORAIRE. — La loi des 18-29 décembre 1790, sur les rentes foncières, a interdit les baux perpétuels et n'autorise plus que les locations temporaires pour 99 ans, au plus, ou pour trois générations. Cette règle s'applique aux baux emphytéotiques comme aux baux ordinaires, mais la loi de 1902 ne parle pas de la possibilité de louer pour trois générations et établit seulement la limite de 99 ans.

2995. Comparaison avec les servitudes et l'usufruit. — En somme, le droit de l'emphytéote ressemble à une sorte de servitude ou d'usufruit sur la chose d'autrui. Il diffère des servitudes en ce qu'il est un *droit principal*, qu'on peut avoir sans être propriétaire d'aucun immeuble, tandis qu'on ne peut avoir une servitude prédiale qu'à la condition d'être propriétaire du fonds dominant. Il diffère de l'usufruit en ce qu'il est *transmissible aux héritiers* et en ce qu'il *dérive toujours d'un contrat* et ne s'établit jamais *qu'à titre onéreux*.

IV. — Rentes foncières.

CHAPITRE UNIQUE

2996. Définition. — On a déjà vu (ci-dessus, nos 2254 et 2255) que la rente foncière est une *redevance annuelle due comme prix d'acquisition d'un immeuble*. Cette rente, qui était jadis un droit réel immobilier, est déclarée *meuble* par le Code civil (art. 529, et ci-dessus, no 2256).

§ 1. — *La rente foncière dans l'ancien droit.*

***2997. Le bail à rente.** — Dans l'ancien droit français, la rente foncière prenait naissance par l'effet d'un contrat spécial, le *bail à rente*.

Dans la langue moderne, le mot « bail » tend à prendre le sens de *louage* ou location temporaire ; l'ancienne langue donnait un sens bien plus large et l'appliquait même à des actes d'*aliénation*. Le mot « bailler » signifie, en effet, *donner, mettre en main*. Le bail à rente était donc un acte d'aliénation par lequel le propriétaire d'un héritage en cédait à autrui la propriété, moyennant une rente perpétuelle, payable soit en argent, soit en nature. Ce contrat différait du bail à cens, en ce qu'il n'opérait pas décomposition du domaine : le bail à rente transférait la pleine propriété, tandis que le bail à cens ne faisait acquérir au preneur que le domaine utile. Sur la décomposition féodale du domaine ou propriété, voir ci-dessus, nos 2327 et suiv.

L'emploi du bail à rente comme procédé d'aliénation, très fréquent dans l'ancien droit, a complètement disparu dans le droit nouveau. Il avait eu pour origine la *rareté des capitaux mobiliers*. A une époque où l'on réunissait difficilement une grosse somme d'argent, l'acquisition d'un immeuble, au moyen du contrat de vente, pour un prix payable en une fois, était une opération malaisée : la possibilité d'acquérir un fonds sans un gros déboursé immédiat, au moyen d'une *simple rente à prélever sur les revenus*, facilitait singulièrement la circulation des biens. L'aliénateur aussi y trouvait son compte : qu'aurait-il fait de son capital, à une époque où les placements étaient rares, l'industrie et le commerce peu développés? Par le bail à rente, il se débarrassait du souci d'administrer son bien, et il se procurait un revenu perpétuel, net et assuré.

***2998. Caractères du droit de rente.** — La rente que l'aliénateur se réservait était considérée, non comme une créance personnelle contre l'acquéreur, mais comme un *droit réel retenu dans l'immeuble*. Ce droit avait les caractères suivants :

1° Il était *immobilier* ; on le classait parmi les immeubles par nature. De là le nom de *rente foncière* qu'on lui donnait ;

2° Il était *susceptible d'hypothèque*, comme tout autre immeuble ;

3° Il était *irrachetable*. C'était un reste du droit de propriété que le bailleur à rente avait eu précédemment sur le fonds ; on ne pouvait pas l'en exproprier. Par conséquent, l'acquéreur du fonds grevé de rente n'avait pas le droit de se libérer sans le consentement du bailleur, en lui remboursant le capital de la rente : ce remboursement devait être accepté par le bailleur ; il ne pouvait pas lui être imposé ;

4° La rente était une pure *charge réelle* de l'héritage et non une *obligation personnelle* du preneur. C'était en quelque sorte le fonds qui était débiteur, et l'obligation se transmettait non pas aux *héritiers* ou *successeurs universels de l'acquéreur*, mais *aux propriétaires successifs de l'héritage*.

2999. De l'obligation de payer la rente. — Malgré le caractère de droit réel reconnu à la rente foncière, celui qui en possédait une sur un héritage n'était pas autorisé à en percevoir lui-même les revenus ; il ne pouvait jouir de sa rente que *par le fait et par les mains* de celui qui le possédait (Pothier, *Du bail à rente*, n° 18). Il y avait donc une *obligation personnelle* particulière pour le possesseur de l'héritage grevé de rente, obligation qui prenait naissance *à chaque échéance*. On considérait par suite le bail à rente comme obligeant le preneur à payer les arrérages de la rente échus pendant le temps qu'il possédait l'héritage (Pothier, *ibid.*, n°s 35 et suiv.). Mais c'était une *obligation « propter rem »*, dont le preneur pouvait s'affranchir pour l'avenir soit en *aliénant* l'héritage, auquel cas l'obligation pour les échéances ultérieures prenait naissance en la personne de l'acquéreur, soit en *déguerpissant*, auquel cas la propriété revenait au bailleur. Comp. ci-dessus, n° 2967.

3000. Promesse de fournir et faire valoir. — La faculté d'user du déguerpissement pouvait être enlevée à l'acquéreur au moyen d'une clause qui l'obligeait personnellement à payer la rente. Cette clause s'appelait habituellement « promesse de fournir et faire valoir la rente » (Pothier, n°s 50-54). Par elle, le preneur perdait la faculté de déguerpir. En outre, il ne cessait pas d'être tenu du service de la rente après avoir aliéné l'immeuble, mais alors il n'en était plus tenu que *subsidiairement*, et le bailleur à rente devait d'abord discuter le nouveau possesseur.

***3001. Transformation de la rente foncière pendant la Révolution.** — Le bail à rente a joui longtemps d'une grande faveur ; on y trouvait l'avantage de créer des droits réels immobiliers qui se conservaient indéfiniment dans les familles à titre de *propres de succession* ou de *propres de communauté* (1). Mais il avait l'inconvénient de surcharger la terre de redevances perpétuelles et il a été englobé dans la réprobation générale qui a atteint tous les droits de cette sorte, bien que la rente foncière n'eût rien de féodal ou de

(1) Les « propres de succession » étaient des biens qui faisaient retour à la branche de la famille de laquelle le défunt les avait reçus : on considérait leur provenance pour en régler la dévolution. Il n'en existe plus dans le droit moderne. Les « propres de communauté » (qui existent toujours) étaient des biens qui restaient la propriété de l'un des époux et ne se partageaient point avec son conjoint.

seigneurial. L'ancienne rente foncière a donc disparu de notre droit, mais le changement ne s'est pas fait d'un seul coup.

Suppression du caractère irrachetable des rentes. — On commença par déclarer que les rentes seraient désormais *rachetables* et par défendre d'établir à l'avenir des rentes irrachetables (Décr. 4 août 1789 ; L. 18-29 décembre 1790). Le Code civil a consacré le même principe dans son art. 530, qui est le dernier voté du Code entier, et qui a été promulgué seulement par la loi du 30 ventôse an XII, laquelle a réuni en une seule les trente-six lois dont se compose le Code (1). Si l'on ne peut pas supprimer la faculté de rachat, on peut cependant en régler les conditions et convenir que le rachat ne pourra avoir lieu pendant un certain temps qui ne peut dépasser trente ans à compter de l'aliénation (art. 530). Voyez cependant pour les rentes établies comme prix de rachat des *droits d'usage dans les forêts*, Cass., 20 févr. 1856, D. 56. 1. 119 ; Cass., 20 juill. 1857, D. 57. 1. 402.

Suppression de la possibilité d'hypothéquer les rentes. — La loi de 1790, tout en déclarant les rentes foncières rachetables, n'avait pas modifié leurs autres caractères : elles restaient à l'état de *droits réels susceptibles d'hypothèques*. Ce dernier caractère leur a été enlevé implicitement par la loi du 11 brumaire an VII qui ne *nomme plus les rentes*, à côté de l'usufruit et de l'emphytéose, *parmi les droits pouvant être hypothéqués*.

Reconnaissance de la nature mobilière des rentes. — Enfin leur caractère de *droit réel immobilier* leur a été retiré implicitement par la loi sur l'enregistrement (22 frimaire an VII, art. 27), qui ne permet de percevoir sur la création de cette sorte de rentes que le droit afférent aux objets mobiliers. C'était tirer en propres termes une conséquence qui pouvait déjà résulter tacitement de l'omission des rentes dans la loi de brumaire. Quant au Code civil, il n'a fait que formuler et consacrer définitivement une solution déjà acquise quand, dans son art. 529, il a rangé parmi les meubles les rentes perpétuelles de toute nature.

§ 2. — *État actuel des rentes foncières.*

***3002. Rente foncière du droit commun.** — Aujourd'hui la rente foncière n'existe plus, à proprement parler, bien qu'on puisse encore aliéner la propriété d'un immeuble moyennant une rente perpétuelle. Ce qu'on nomme encore de ce nom n'est plus qu'une *simple créance*, une obligation personnelle contractée par l'acheteur, comme le serait un prix représenté par un capital en argent payable en une seule fois. La rente n'est plus un *droit réel retenu dans l'immeuble aliéné*.

Cependant on verra, dans le t. II, à propos des hypothèques, que l'existence du *privilège du vendeur*, espèce d'hypothèque légale qui garantit le paiement du prix et par conséquent le service de la rente, produit encore quelques-unes des conséquences qui se réalisaient jadis, au temps où le caractère réel et immobilier de la rente était reconnu. Le bailleur a comme autrefois *un droit réel immobilier dans l'immeuble aliéné* ; ce n'est plus la rente elle-même, c'est une hypothèque qui en est l'accessoire.

3003. Redevance des mines. — La redevance annuelle, payée par le concessionnaire d'une mine aux propriétaires de la surface, présente tous les caractères de l'ancienne rente foncière (ci-dessus, n° 2408). La seule différence est qu'elle ne peut pas être hypothéquée séparément ; mais en sa qualité d'accessoire immobilier des fonds de la surface, elle est nécessairement comprise dans l'hypothèque de ces fonds.

3004. Redevance convenancière du domaine congéable. — Le droit actuel nous offre encore un autre exemple d'une rente qui se rapproche à certains égards des

(1) L'art. 530 n'a aucun rapport avec le titre au milieu duquel il a été placé. Il réglemente la *convention de bail à rente* et on l'a mis dans la classification des biens en meubles et immeubles. Il ne peut être expliqué d'une manière satisfaisante qu'à propos de la *vente*. Je suis cependant obligé, pour me conformer au programme officiel, de traiter ici à propos des droits réels une matière qui fait exclusivement partie, dans le droit moderne, de la théorie des contrats.

anciennes rentes foncières : c'est la rente appelée *redevance convenancière*, que paye le preneur dans le bail à domaine congéable. Elle a deux caractères que ne possède plus la rente foncière du droit commun : 1° elle est *irrachetable* ; 2° le tenancier peut s'en affranchir par l'*exponse* ou déguerpissement (L. 6 août 1791, art. 26 ; L. 8 février 1897). Mais elle n'est pas *immobilière*, les droits du domanier (le cultivateur) étant réputés meubles dans ses rapports avec le foncier (propriétaire du sol). Par conséquent, peu importe que, dans ses rapports avec toutes autres personnes, le domanier soit un propriétaire d'immeubles (des édifices et superfices) : la rente qu'il paie pour eux n'est qu'une dette mobilière.

LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE LA PERSONNALITÉ FICTIVE

§ 1. — *Notions préliminaires.*

A. — Existence actuelle et caractères de la propriété collective.

***3005. Définition.** — La propriété collective ne doit pas être confondue avec la propriété individuelle dans son état de *copropriété indivise* (ci-dessus, nos 2497 et suiv.). L'indivision laisse subsister l'*autonomie des parts individuelles* : chacune des parts, bien que matériellement confondue avec les autres, a son propriétaire particulier, et ce propriétaire est indépendant des autres ; lui seul peut agir sur sa part. La copropriété indivise, c'est donc toujours la *propriété individuelle*, avec confusion matérielle des parts. En outre, cette confusion est nécessairement passagère et accidentelle ; elle n'est pas la fin et le but de cette espèce de propriété, qui a pour caractères propres l'isolement et l'indépendance, et c'est pour cela que l'indivision tend naturellement au partage et le provoque.

La propriété collective n'est rien de semblable (1). Elle est un *état particulier de la propriété*, qui a en lui-même sa fin et sa raison d'être et qui repose sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elle appartient : il y a un grand nombre de choses qui doivent être mises sous cette forme pour rendre aux hommes tous les services dont elles sont susceptibles, et qui ne sont pas destinées à devenir un objet de propriété privée.

(1) On doit avoir bien soin de distinguer la propriété collective de la propriété indivise. M. Ducrocq croit avoir écrasé M. Van den Heuvel sous un argument irréfutable, quand il lui objecte l'art. 815 C. civ. : « Si les citoyens étaient propriétaires des biens nationaux ou communaux, ils auraient droit d'en demander le partage, car ils seraient propriétaires de biens indivis, et nul n'est tenu de rester dans l'indivision... La conséquence serait la spoliation des générations à venir et l'anéantissement du domaine de l'État au profit de la seule génération présente » (Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édit., t. IV, p. 18). Si les citoyens ne peuvent pas demander le partage, ce n'est pas parce que les biens nationaux sont possédés par une personne fictive, qui serait un être fantastique, c'est parce qu'il y a deux façons d'être propriétaire, et que la propriété collective, tant que dure son affectation à la collectivité, ne comporte pas le partage. Comp. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 88-90, à propos des terres appartenant aux *gentes*.

Entre ces deux régimes de propriété (copropriété indivise et propriété collective), la différence n'est pas seulement dans les mots ; ils diffèrent en ce que la *propriété collective supprime l'autonomie des parts individuelles.* A vrai dire même, ces parts n'existent pas : il y a *usage commun de la chose*, ou *affectation complète à l'utilité générale*, qui dans beaucoup de cas peut être procurée sans aucun contact avec la chose utilisée. C'est ainsi que la nation entière profite de la puissance de ses cuirassés ou de ses forteresses, quoique les citoyens n'en aient individuellement ni l'usage ni la possession, et que beaucoup ne les aient jamais vus (1).

3006. Persistance de la propriété collective. — La propriété collective subsiste encore en masses considérables dans les États modernes, et c'est un phénomène fort heureux, car on ne pourrait pas s'en passer. Si la constitution de la propriété individuelle a été un progrès social décisif, qui a assuré le développement de la richesse et par là celui de la civilisation tout entière, la propriété individuelle ne peut pourtant pas avoir la prétention de suffire à elle seule aux besoins des hommes. Il est nécessaire que les deux espèces de propriété soient reconnues et conservées à côté l'une de l'autre, et la répartition entre elles des richesses utilisables est une question d'opportunité et de mesure ; leur dualisme existe depuis longtemps, et vraisemblablement il existera toujours.

B. — La fiction de personnalité.

***3007. Personnes fictives cachant la propriété collective.** — Comment se fait-il que ce phénomène si ancien et si général passe pour ainsi dire inaperçu, et qu'en lisant les traités de droit on n'y rencontre l'exposé et l'étude que d'une seule espèce de propriété, celle que tout le monde connaît, la propriété d'un champ ou d'une maison appartenant à un particulier? C'est que la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective est pour ainsi dire cachée aux yeux par l'existence d'*êtres fictifs*, auxquels on prête, au moins dans une certaine mesure, les attributs de la personnalité, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs, qui font des contrats et soutiennent des procès comme de vraies personnes : ce sont les *personnes fictives.* Toutes les propriétés collectives sont attribuées à des personnes fictives, dont chacune est réputée *propriétaire unique d'une*

(1) Les idées que j'ai exposées dans la première édition de ce *Traité* ont été bien mal comprises par quelques personnes. On m'a enrôlé sous la bannière de Brinz et on m'a fait dire que j'admettais l'existence de patrimoine sans maître (Négulesco, thèse, p. 13 et 46). Rien n'est plus éloigné de ma pensée. *Propriété collective* signifie pour moi « propriété soumise à un régime autre que celui de la propriété individuelle », mais non pas « propriété sans maître », formule qui m'a toujours paru un non-sens, appliquée à des choses qui ne sont plus à la disposition du premier occupant. Ce serait bien plutôt la doctrine traditionnelle qui admettrait des patrimoines sans maître, puisqu'elle les attribue à un être qui n'existe pas. Pour moi, la personnalité fictive n'est pas une *addition à la classe des personnes* ; c'est une manière de posséder les biens en commun, c'est *une forme de propriété.*

masse de biens, et ainsi la propriété collective apparaît comme étant elle même *une propriété individuelle*, conception aussi fausse qu'inutile. C'est pourquoi, au lieu d'enseigner que nous avons deux espèces de propriétés, on enseigne qu'il existe deux espèces de personnes.

***3008. Dénominations usuelles.** — Les *personnes fictives* sont également nommées dans l'usage *personnes civiles* ou *personnes morales* ; quelquefois même on les appelle, à l'imitation des Allemands, *personnes juridiques*. La première de toutes ces dénominations est la plus claire. On se sert aussi fréquemment du mot « établissements » pour désigner ces masses de biens ou la prétendue personne qui les représente.

1° Histoire de la fiction de personnalité.

***3009. Période romaine.** — Jamais les jurisconsultes romains, qui sont très sobres d'explications et même d'allusions à cette matière, n'ont exprimé formellement l'idée d'une personnalité fictive (1). Le mot lui-même ne se rencontre que sous la plume de Florentinus, un des plus récents parmi les jurisconsultes du *Digeste* : « Hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas » (Liv. XLVI, tit. 1, fr. 22). Les jurisconsultes plus anciens ne se servent pas du mot « persona », mais seulement des expressions « collegium. corpus, universitas ».

***3010. Anciens jurisconsultes français.** — Nos vieux auteurs traitent de ce que nous appelons les « personnes civiles » sous le nom de *Communautés* (Pothier, *Des personnes* nos 210-231), et ils se bornent à dire que ces *corps* ou *communautés* sont « considérés dans l'État comme tenant lieu de personnes », qu'ils sont des *êtres intellectuels*, qui peuvent, « à l'instar des personnes », acquérir, aliéner, contracter et plaider (Pothier, *ibid.*, n° 210). Domat lui-même n'a pas soupçonné l'importance que cette notion allait prendre dans les temps modernes. Bourjon (*Droit commun de la France*, liv. I, tit 4, chap. I, sect. 3) dit : « Les biens d'une communauté n'appartiennent pas aux particuliers qui la composent, mais à la communauté, qui de sa nature est perpétuelle, si le prince ne la supprime. »

L'expression « gens de mainmorte », très usitée autrefois (édit. d'août 1749 ; Pothier, *De la prescription*, n° 275), correspond à peu près à notre formule moderne de « personnes civiles » ; elle désigne les personnalités abstraites des communautés possédant des biens de mainmorte. Sur le rôle des canonistes dans le développement de la fiction de personnalité, voyez Saleilles, *Histoire des sociétés en commandite*, nos 40 à 42.

3011. Auteurs modernes. — Chez les modernes, l'idée de personnalité fictive a été poussée à ses dernières limites, développée et admise pendant longtemps sans contestation comme une notion simple et indiscutable. Puis, brusquement, la réaction s'est faite : l'abus d'un langage qui tombait dans l'outrance a éveillé la critique, et de toutes parts ont surgi des études

(1) Les jurisconsultes romains ont tout au moins aperçu l'existence des deux formes de la propriété. L'un d'eux disait : « *Universitatis* sunt, *non singulorum*, veluti quæ in civitatibus sunt theatra, et stadia, et similia... » (Dig., liv. I, tit. 8, fr. 6, § 1). De là le brocard : *Quod universitatis est non est singulorum*. Comment se fait-il qu'ayant cette intuition, ils n'aient pas construit pour cette catégorie de biens un type spécial de propriété ayant son régime à part ? On peut le deviner. Les règles légales ont été inventées tout d'abord pour protéger les individus ; il a fallu donner une sanction à leurs droits, pour éviter les rixes et les vols. Les jurisconsultes eurent donc en mains un premier genre de propriété, qui suppose l'existence d'un maître unique pour chaque groupe de biens appropriés, et ce type, une fois créé, fut étendu tout naturellement aux masses de biens communs pour lesquels il n'existe pas de propriétaire particulier.

contradictoires sur cette notion qui s'est trouvée beaucoup moins solide qu'on se l'imaginait. La courte bibliographie contenue au n° 3015 est fort loin d'être complète ; elle donnera néanmoins une idée du mouvement d'opinion qui s'est produit sur ce sujet.

3012. État des textes français. — Le mot « personne civile » n'a passé dans un texte de loi qu'en 1884. C'est *la loi municipale* du 5 avril 1884, qui la première a nommé les personnes civiles. Il y est question de « hameaux ou quartiers de communes qui ne sont pas encore à l'état de section ayant la personnalité civile » (art. 111). Un second exemple se trouve dans le titre VIII ajouté à cette loi par la loi du 22 mars 1890 sur les *syndicats des communes*. L'art. 170 dit que ces syndicats sont « investis de la personnalité civile ». Comp. L. 28 avril 1893, art. 71 ; L. 21 avril 1898, art. 2.

Avant 1884 les textes semblaient prendre un soin particulier pour éviter cette expression. Ainsi le Code civil ne parle que des « établissements publics ou d'utilité publique » (art. 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227), expressions qui sont loin d'impliquer l'existence d'une *personne*, ou bien il en nomme quelques-unes par leurs noms particuliers : l'État, les communes. D'autres fois, il emploie une périphrase et parle des biens « qui n'appartiennent pas à des particuliers » (art. 538, al. 2 ; art. 619). Les lois postérieures au Code ont longtemps gardé le même silence. Les lois de 1838 sur la faillite, de 1856, de 1867, de 1893, sur les sociétés commerciales, du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, n'ont pas employé une seule fois l'expression « personne civile ». Mais le mot se rencontre fréquemment dans les *arrêts de la Cour de cassation* et dans les *avis et arrêts du Conseil d'État*, et il n'est pas douteux que l'idée a été *implicitement admise* par tous les rédacteurs de nos lois depuis un siècle.

La loi du 1er juillet 1901, sur les associations (voyez t. II, n° 2003), ne contient aucune définition des personnes morales. Le projet disait cependant : « La personnalité civile est la fiction légale en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association » (art. 8). On a bien fait de rayer de la loi cette « fiction en décadence », comme l'appelle M. Van den Heuvel.

3013. Les Codes étrangers. — Le Code civil espagnol est le premier qui ait employé quelques articles à régler cette matière, devenue l'objet d'un chapitre spécial (C. civ. espagnol, t. II, chap. II, *De las personas juridicas*, art. 35 à 39). On eût même bien fait de lui consacrer un titre à part ; ce ne serait pas trop. C'est ce qu'a fait le Code civil allemand : Les « personnes juridiques » sont régies par le titre 2 de la section I du premier livre qui contient les dispositions générales du Code (art. 21 à 89).

3014. Théorie allemande moderne. — A l'inverse de l'opinion traditionnelle, reçue en France, qui considère les personnes civiles comme de pures créations légales, comme des êtres entièrement imaginaires, une opinion très accréditée en Allemagne, présentée d'abord par Beseler, développée ensuite par O. Gierke, veut que les personnes morales, loin d'être des fictions de la loi, soient douées d'une vie réelle et aient une existence véritable : suivant l'expression de Gierke, chacune forme un *être collectif réel* (*real Gesammtperson*). La loi ne les crée pas : elle se borne à les reconnaître et à déterminer les limites de leur capacité naturelle de vouloir et d'agir : « Eine, von der Rechtsordnung nur anerkannte und begrentze, natürliche Willens und Handlungsfähigkeit » (Gierke, p. 724). Cette existence réelle tient à ce que dans toute association il se forme, selon cet auteur, une *volonté collective* distincte de la volonté des individus. — Ces idées ont été adoptées en France par quelques auteurs avec des variantes, notamment par Fouillée, *La science sociale contemporaine*, et par René Worms, *Organisme et Société*. Pour la critique des formules données par M. Fouillée, voyez Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, p. 55. — On trouvera une classification assez développée des principales opinions émises en matière de personnalité fictive, dans la thèse de M. Négulesco, p. 23 à 49). Cette matière, qui était, il y a une trentaine d'années encore, d'une pauvreté étonnante (voyez les observations de M. Beudant, dans *Dalloz*, 79. 1. 5), est devenue un sujet intarissable de controverses. Les travaux allemands ont eu pour résultat

de mettre dans l'état chaotique cette notion simple ; il y a pour les hommes deux façons de posséder les biens, *individuellement* et *collectivement*. Le point de départ de tous les systèmes erronés émis à cette occasion est l'idée d'Arnold Heisse, qui imagina *d'attribuer la personnalité à un ensemble de choses*, à une *universitas rerum*. Disons, à l'honneur de la science allemande, qu'elle a été la première à protester par la voix de son plus éminent représentant : voyez les déclarations catégoriques d'Ihering, rapportées au n° 3018, ci-dessous.

3015. Bibliographie. — *Ouvrages généraux.* — MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1906-1909, 2 vol. in-8° (ouvrage capital). — LAURENT, t. I, n°s 283 à 316 ; BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6e édit., 1910 ; BÉQUET, *Répertoire de droit administratif*, v° Dons et legs. Voir aussi les *Cours* et *Précis* de MM. DUCROCQ et HAURIOU et les *Conférences de droit administratif* de M. AUCOC.

Articles ou traités spéciaux. — Sur la question de principe, VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif, en France et en Belgique*, 2e édit., Bruxelles, 1884 ; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, n°s 144, 320-322, etc. ; SALEILLES, *Histoire des Sociétés en commandite*, dans les *Annales de droit commercial*, 1895 et 1897 ; VAUTHIER, *Études sur les personnes morales*, Bruxelles et Paris, 1887 ; LABBÉ, *Sirey*, 81. 2. 249 ; *la Loi* 27 août 1881 ; *Revue critique*, 1882, p. 345 ; MICHOUD, *Responsabilité de l'État*, dans la *Revue du droit public*, 1895, t. III, p. 410 ; *La notion de personnalité morale*, dans la *Revue du droit public*, janvier-avril 1899 ; MONGIN, *Situation juridique des Sociétés dénuées de personnalité*, dans la *Revue critique*, 1890 ; DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901-1903, 2 vol. ; VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, 1901 ; L. JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective* (*Livre du centenaire*), t. I, p. 357. — Sur des points spéciaux, voir PIÉBOURG, *De quelques questions sur les personnes civiles*, dans la *Revue de législ. anc. et mod.*, 1876 ; DUCROCQ, *De la personnalité civile de l'État d'après les lois civiles et administratives de la France*, 1894 ; SAUZET, *De la nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*, 1888 ; MICHOUD, *Dévolution du patrimoine des personnes morales en cas de suppression de la personnalité* (*Année administrative*, t. I, 1903) ; DONNEDIEU DE VABRES, *De la condition des biens ecclésiastiques en face de la séparation des Églises et de l'État*, Paris, 1905.

Thèses. — PIÉBOURG, Paris, 1875 ; SELIGMANN, Paris, 1877 ; LORY, Paris, 1888 ; TRUCHY, Paris, 1888 ; RAVIER DU MAGNY, Grenoble, 1894 ; GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Paris, 1895 ; TOURNON, Bordeaux, 1895 ; LOT, Paris, 1895 ; GONDI, Paris, 1896 ; DIDIER-ROUSSE, Paris, 1898 ; NÉGULESCO, Paris, 1900 ; RICOL, Toulouse, 1907 ; PARTHENIU, Paris, 1908.

Ouvrages allemands. — Pour les théories allemandes, voir surtout les idées de BRINZ, dans ses *Pandekten*, éd. de 1888, § 432 et suiv. ; de ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogenannten juridischen Personen*, et d'OTTO GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1897. — Renseignements plus complets dans CAPITANT, *Introduction au droit civil*, p. 107 et suiv., et dans la thèse de M. Négulesco. Voyez aussi SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris, 1902.

2° Critique de la notion courante.

3016. Inconvénients de la fiction. — L'antique fiction amène avec elle certains inconvénients qui lui sont propres, et dont il est bien permis de lui faire grief. La puissance des mots est telle que, ce mot de « personne » une fois lancé dans la circulation, on y a attaché une valeur absolue ; on a perdu de vue la réalité ; on ne songe plus que ces prétendues *personnes* ne sont que des moyens destinés à simplifier la gestion des propriétés collectives : on fait la théorie d'un *genre de personnes*, au lieu de faire la théorie d'un *genre de propriété*, ce qui est se placer systématiquement à un point de vue faux.

La première et la plus grave de ces exagérations, celle aussi qu'on commet le plus communément, consiste à soutenir que ces personnes fictives doivent avoir en principe *tous les attributs des personnes réelles*. La plupart des auteurs leur reconnaissent les mêmes *droits*,

la même *capacité*, sauf une double réserve : 1° *Quand la nature des choses s'y oppose*. Ainsi on ne concevrait pas pour les personnes fictives des *relations de famille* ; 2° *Quand il existe un texte formel limitant leur capacité*. Tels sont les art. 910 et 937 C. civ., qui leur interdisent d'accepter des libéralités sans autorisation ; ou encore l'art. 6 de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ou l'art. 15 de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

D'autres fois les conséquences de cette assimilation forcée, au lieu d'être favorables aux personnes fictives, leur deviennent contraires. Ainsi on dit volontiers que les personnes morales ne participent pas, comme les personnes réelles, au bénéfice du droit naturel, parce qu'elles sont des créations du législateur, qui est dès lors libre de les traiter comme bon lui semble. C'est un langage qui n'a pas de sens, car il n'y a pas deux ordres de personnes ; il n'y en a qu'un, et la loi ne statue jamais que pour des hommes, pour leurs libertés, pour leurs biens. Ce sont toujours des particuliers, des citoyens, que le législateur trouve devant lui, isolés ou groupés, et quand sa loi est injuste, ce n'est pas un être imaginaire qui en pâtit. Dire que le législateur a les mains libres parce que les personnes dont il s'occupe sont purement fictives, c'est tendre, de propos délibéré, un voile à l'ombre duquel la partialité politique pourra se donner carrière. La juste raison et l'utilité pratique exigent donc qu'on n'aille pas jusqu'au bout dans l'assimilation de la fiction et de la réalité. Du reste, ce reproche ne peut pas être adressé indistinctement à tous les auteurs ; il en est plus d'un qui, tout en admettant le langage usuel, en sent le caractère trompeur (1).

Sur un autre effet fâcheux de la personnalité, qui empêche les sociétés coopératives de procurer des médicaments à leurs membres, voyez Cass., 22 avril 1901, S. 1902. 1. 1.

***3017. Négation de la personnalité fictive.** — L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle ; elle mérite donc d'être abandonnée. Sous le nom de « personnes civiles », il faut entendre l'existence de *biens collectifs* à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, ces *prétendues personnes* n'en sont pas, même d'une manière fictive, et vraiment a-t-on besoin de créer une seconde catégorie de personnes, qui n'existe pas dans la nature, pour comprendre une seconde forme de la propriété, dont l'existence est un fait évident ?

L'inutilité de la fiction a déjà été aperçue par différents auteurs (2) ;

(1) Par exemple M. Labbé, dans une note du Sirey, disait fort justement que « la personnification des sociétés n'est qu'*une forte concentration des droits individuels* ; elle est une fiction de personnalité et non pas la création d'un être moral absolument distinct des individus » (S. 81. 2. 249).

(2) Laurent, *Principes de droit civil français*, t. I, n° 291 ; t. XI, n° 187 ; Léon Béquet, *Capacité des bureaux de bienfaisance*, dans la *Revue générale d'administration*, février 1882, p. 138-139 : Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique* ; Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 122-123. Ce dernier déclare en propres termes que la fiction des personnes morales n'était imposée par aucune nécessité objective, que son caractère artificiel en est la meilleure preuve, qu'elle soulève des difficultés de toute sorte sans en résoudre aucune et que loin d'apporter un élément de progrès à la jurisprudence, elle affecte une réalité intransigeante et absolue, que les faits contredisent sans cesse, et qui ne peut qu'entraver l'évolution ultérieure de la science (n° 65). Voyez aussi *ibid.*, n° 71, p. 138 et 140, ce qui est dit d'une « conception particulière de la propriété commune (lisez *collective*), différente de l'indivision romaine » qui résout l'énigme, insoluble sans elle (p. 141). — Toute la discussion de M. Lévy-Ulmann, dans son *Essai sur les fondations* (*Revue trimestrielle*, 1904), montre excellemment l'inanité de l'idée de personne morale : il n'y en a pas, ni avant, ni après la fondation ; il n'y a que des biens transmis à une collectivité.

mais ils ne l'ont vue que d'une manière incomplète ; ils se sont bornés à émettre une négation, sans se préoccuper de rien mettre à la place ; il est cependant nécessaire de remplacer le *mythe de la personnalité* par une *notion positive*, et celle-ci ne peut être que la propriété collective (1).

3018. Opinion d'Ihering. — Ce jurisconsulte, le plus grand peut-être des temps modernes, commence par poser en principe que « tout droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelconque. Le véritable *destinataire* de tout droit, c'est *l'homme* » (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 326). Puis il ajoute : « Il est incontestable que les droits qui sont le patrimoine de la personne juridique profitent aux membres isolés (présents ou futurs) de la corporation. Ce n'est point là un effet accidentel (action réflexe) ; c'est le but même du rapport, *Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique* (2). Des considérations pratiques veulent que les intérêts communs soient poursuivis, non point par les membres isolés, mais par l'ensemble de ces membres représentés par une unité personnelle artificielle » (*ibid.*, p. 340). Un peu plus loin il revient avec un peu plus de force encore sur cette idée : « La personne juridique comme telle est incapable de jouir ; elle n'a ni *intérêts* ni *but*. Elle ne peut donc avoir des *droits*, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est *une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit*. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet *apparent* du droit cache le *véritable*. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit que l'homme seul est le destinataire des droits, l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification. On commence, dans les servitudes prédiales, par élever des fonds au rang de personnes, et l'on finit par décerner les mêmes honneurs aux titres au porteur. Non ! les véritables sujets du droit ce ne sont point les personnes juridiques comme telles ; ce sont leurs membres isolés. Celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur » (*ibid.*, p. 341).

3019. Facilité et avantages de la rectification. — La notion de la personnalité fictive est une *conception purement doctrinale*, et on peut en faire la critique et la détruire sans porter atteinte à aucune des décisions impératives ou prohibitives de la loi. *Toutes les règles légales peuvent continuer à recevoir leur application, et aucune ne sera violée par un changement de doctrine.*

Si le changement est légal, il est aussi très utile, *nécessaire* même : dès qu'on abandonne ce fantôme des personnes fictives, on voit s'évanouir une foule de difficultés qui viennent du parallèle perpétuel qu'on fait malgré soi entre elles et les personnes vivantes. La plupart des questions à résoudre sur ce sujet ne sont difficiles que parce qu'elles sont mal

(1) Si on veut se convaincre à quel point tombe à faux la conception d'une personnalité fictive imitée de la personnalité humaine, on n'a qu'à considérer ce qui arrive : 1° pour les cantons, 2° pour les sections de commune. Le *canton* a reçu une organisation administrative ; il a son représentant (le conseiller général) ; son juge (le juge de paix) ; son bureau d'enregistrement, sa perception, etc. Il est donc *organisé*, et cependant on lui refuse la personnalité. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas de *domaine cantonal*, comme il y a un domaine communal et un domaine départemental. Au contraire, la *section de commune*, dépourvue de tout organe, privée de tout représentant, est considérée comme une personne. Pourquoi ? *Parce qu'elle a des biens*. Rien ne peut mieux montrer à quoi se réduit la prétendue personne et que « personnalité » est ici synonyme de « propriété collective ». C'est aussi ce qui arriva pour le *département* qui fut considéré comme une personne, dès qu'il eut des biens, distincts des biens de l'État et de ceux des communes. C'est comme si on disait qu'une personne n'a la personnalité qu'autant qu'elle a des biens.

(2) Ihering veut dire que la personne fictive n'est pas le véritable titulaire des droits : elle n'est qu'un procédé de gestion, et les biens qu'on lui attribue dans la théorie traditionnelle, en vivifiant cette fiction, appartiennent en réalité aux individus dont elle est la formule abrégée, la représentation condensée. Je suis tout à fait de son avis. Le Louvre appartient aux Français et le British Museum aux Anglais ; quand on dit qu'ils appartiennent à la France ou à l'Angleterre, on se sert d'une formule abstraite qu'il ne faut pas matérialiser. Il ne peut pas y avoir sur la terre des titulaires de droits autres que les hommes.

posées. On les rectifie et, par suite, on les résout plus aisément, si on ne voit plus sous ce nom de « personne fictive » qu'un état particulier de la richesse, *la propriété sous sa forme collective* (1), et si l'on admet qu'il n'y a pas d'autres personnes que les personnes humaines.

§ 2. — *Classification des personnes fictives.*

****3020. Distinction principale.** — Les masses de biens soumises au régime de la propriété collective et attribuées comme telles à des personnes fictives, sont actuellement très nombreuses en France, et il est difficile d'en donner une liste complète. On peut les ranger en deux catégories : les unes ont un *caractère public*, les autres ont un *caractère privé*.

Pour établir cette distinction, il faut rechercher si l'institution fonctionne en vertu d'une délégation des pouvoirs publics, ou si son fonctionnement est l'effet de forces individuelles associées. C'est la seule raison déterminante : pour être « public », il faut que l'établissement soit un *mode d'action de l'autorité publique* ; tout autre établissement ne peut être que « privé », parce qu'il est *une des formes de l'énergie et de l'initiative des simples citoyens*, agissant en leur nom privé. Tels sont, à peu de chose près, les termes dont se sert M. Aucoc, qui dit que les établissements publics sont des personnes civiles « créées pour la gestion d'un service public », tandis que les autres sont des « établissements privés fondés par des sociétés de particuliers » (*Conférences de droit administratif*, 3e édit., t. I, p. 351).

***3021. Intérêts pratiques.** — La distinction entre les deux catégories d'établissements n'est pas une pure classification théorique, elle a des intérêts pratiques, dont quelques-uns concernent les matières du droit civil. Les uns se trouvent dans leurs modes de *création* ou d'*extinction*, les autres dans leur gestion. Ainsi la disposition de l'art. 2054, al. 3, qui interdit aux communes et aux établissements publics de *transiger* sans l'autorisation du gouvernement, ne s'applique pas aux personnes morales privées ; ainsi encore *l'hypothèque légale* de l'art. 2121-3o, qui garantit l'État, les communes et les établissements publics contre la gestion de leurs comptables, ne profite pas aux établissements privés. Il en est de même des *prêts* que le *Crédit foncier* fait aux établissements publics sous certaines conditions avantageuses (LL. 6 juillet 1860 et 26 février 1862) ; les établissements privés, à l'exception des associations syndicales, n'y ont pas droit.

A. — Richesses collectives publiques.

(Personnes morales publiques.)

3022. Subdivision. — Les richesses collectives ayant un caractère public peuvent se trouver dans deux situations différentes. Les unes sont restées à l'état de grandes masses affectées au service général de toute la population habitant une région déterminée. La

(1) Je tire de là une autre conclusion : c'est que l'étude de ce qu'on est convenu d'appeler « les personnes fictives » n'est pas à sa place au milieu de la théorie « des personnes ». Il est plus logique de la faire rentrer, comme je le fais ici, dans la théorie des biens. On s'en aperçoit quand on l'expose au cours ; il y est question tout le temps de *choses* d'une certaine espèce, de la formation d'une *masse commune*, de sa *gestion*, de sa *dissolution*. Il est contraire à toute méthode d'enseignement de faire apprendre cette théorie à des jeunes gens qui n'ont pas encore étudié la propriété individuelle.

principale masse de ce genre forme ce qu'on appelle le *domaine de l'État* ou *domaine national*. Au-dessous de l'État, il existe un certain nombre de *circonscriptions territoriales* qui sont des *subdivisions de l'État*, et dont les principales sont les *départements* et les *communes*. Départements et communes ont, comme l'État, leur *domaine*, c'est-à-dire une masse de biens affectés aux services régionaux ou locaux.

A côté de ces richesses collectives, qui desservent d'une manière générale toute une circonscription territoriale, il en est d'autres qui sont affectées aux *établissements publics*, c'est-à-dire à des services spéciaux, détachés de l'ensemble pour être érigés en institutions distinctes, et dotés de ressources propres qui leur permettent de fonctionner avec un budget à part. Ces services sont regardés comme formant autant de *personnes morales*, parce que leurs biens existent à l'état de *masses distinctes* et ne se confondent pas avec le domaine général de l'État, du département ou de la commune. Il existe des établissements *nationaux* et des établissements *départementaux* ou *municipaux*.

Aucune règle théorique ne permet de reconnaître si une circonscription territoriale ou un service public est doué de personnalité, c'est-à-dire s'il y a des richesses et charges qui lui sont spécialement attribuées. Tout ce qui existe en ce genre représente *une formation historique*.

3023. Domaine général des circonscriptions territoriales. — Je me borne à indiquer ici quelles sont les circonscriptions territoriales qui possèdent un domaine propre, et quelles sont celles qui n'en ont pas. L'étude détaillée de la composition de leur domaine fait l'objet d'un chapitre à part (ci-dessous, nos 3058 et suiv.).

État. — La première de toutes ces circonscriptions comme importance, celle qui est aujourd'hui le support et le fondement de toutes les autres, c'est l'*État*. En tous pays l'État est considéré comme une personne, représentant la nation entière dans sa souveraineté et dans son indépendance. La nation ainsi personnifiée possède sous ce nom des biens nombreux, qui forment son domaine collectif.

Départements. — Le département est considéré comme doué de personnalité, depuis que Napoléon Ier, pour alléger le budget de l'État, a fait abandon aux départements de certains édifices qui n'étaient que des charges (Décr. 9 avril et 16 déc. 1811). C'est depuis ce temps qu'il existe des *propriétés départementales*. La personnalité du département a été pleinement reconnue par la loi du 10 mai 1838 sur les conseils généraux.

Syndicats de communes. — Ceci est une création récente, autorisée par la loi du 22 mars 1890 (titre VIII ajouté à la loi municipale de 1884). Ces syndicats sont constitués pour la gestion d'intérêts communs à plusieurs communes ; ils constituent des « établissements publics investis de la personnalité civile » (art. 170, al. 1).

Communes. — La personnalité de l'État, c'est-à-dire l'existence d'un domaine national, quoique vieille, n'est pas le plus ancien exemple du genre ; le premier rang comme ancienneté appartient vraisemblablement aux *communes*. Nos communes actuelles bien qu'elles n'aient reçu leur dernière forme administrative que depuis la Révolution, existaient auparavant sous le nom de *communautés d'habitants* ou de *paroisses*, et elles possédaient déjà des biens collectifs destinés à l'usage de leur population, sans qu'on puisse savoir à quelle époque l'origine en remonte ; la propriété collective appartenant à un groupe d'habitants peu nombreux, vivant de la vie rurale sur un territoire peu étendu, est un phénomène extrêmement ancien et à coup sûr bien antérieur à la formation des États modernes.

Sections de communes. — Au-dessous des communes, le droit administratif reconnaît l'existence des sections de commune, c'est-à-dire de *subdivisions de la commune ayant leurs biens propres* et par conséquent douées de personnalité selon la formule usuelle, mais qui ne sont pas représentées par des autorités administratives distinctes des autorités communales. Ces sections ont donc la vie civile, mais non la vie administrative (1).

***3024. Circonscriptions privées de personnalité.** — Il existe cinq catégories

(1) Il existe en France environ 30 000 sections de commune. La plupart (plus de 23 000) sont groupées dans les onze départements de la région montagneuse du Centre. La Creuse, à elle seule, en compte 1 394. Dans le Cantal et le Puy-de-Dôme, le nombre des sections dépasse souvent 25 et 30 par commune.

superposées de personnes fictives (la section de commune, la commune, le syndicat de communes, le département et l'État) qui représentent des masses distinctes de richesses collectives, d'intérêt *local*, *régional* et *national*. Mais les autres subdivisions territoriales de la France, savoir le *canton* et l'*arrondissement*, ne sont pas douées de personnalité ; ces circonscriptions sont représentées par des autorités administratives, financières, judiciaires qui leur sont propres, mais il n'existe pas de ressources spéciales affectées à leurs services ; elles n'ont pas de patrimoine.

****3025. Établissements publics.** — Les établissements publics sont des branches des services généraux de l'État, du département ou de la commune, qui ont été *détachées de l'ensemble pour être érigées en organes doués d'une vie propre* (comp. Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I, nº 198). On reconnaît l'existence d'un établissement public à ce fait que les biens qui servent à son fonctionnement ont été *constitués en masse distincte* et ne font plus partie du domaine général de l'État, du département ou de la commune qui a créé l'établissement (1). — Sur la *spécialité* des établissements publics, voyez t. III, nº 2923.

Principaux exemples. — On peut citer comme tels :

L'ordre national de la *Légion d'honneur* (L. 29 floréal an X-19 mai 1802 ; Décr. 16 mars 1852).

L'*Institut* (L. 5 fructidor an III-22 août 1795) et chacune des cinq *Académies* qui le composent prise séparément.

Le *Collège de France*. Fondé en 1530, il a conservé sa personnalité, sans que le droit moderne y ait touché. Voyez Décr. 8 octobre 1857 et 1er février 1873.

L'*Académie de médecine* (Ord. 28 décembre 1820, art. 18).

Les *Facultés* (Décr. 25 juillet 1855). L'art. 43 de la loi du 11 floréal an XI leur avait déjà reconnu la personnalité civile, mais cette loi était tombée en désuétude.

Les *Universités* (L. du 10 juillet 1896). La loi de finances du 28 avril 1893, art. 71, avait déjà reconnu la personnalité civile au *corps des Facultés* d'un même ressort académique sans leur donner le nom d'Universités. Ces *Universités régionales*, qui sont des établissements d'enseignement supérieur, sont les seules qui existent aujourd'hui comme personnes civiles. L'*Université de France*, qui comprenait l'ensemble des services de l'enseignement public, avait obtenu la personnalité lors de sa fondation (Décr. 17 mars 1808, art. 137). La loi de finances du 7 août 1850 la lui a retirée par son art. 14.

Les *Lycées* et *collèges* (L. 7 août 1850, art. 15).

Les *chambres de commerce* (Arrêté consulaire 3 nivôse an XI ; Décr. 3 septembre 1851, art. 19). Elles sont créées par des décrets.

Les *chambres consultatives d'agriculture* (Décr. 25 mars 1852).

Les *hôpitaux*, qui reçoivent les malades, et les *hospices* qui reçoivent les vieillards et infirmes (L. 16 vendém. an V). La personnalité des hôpitaux de fondation nouvelle leur est reconnue par un décret rendu en Conseil d'État. Les hospices sont en principe des établissements communaux. — Sur neuf établissements qui ont un caractère général, voyez Ducrocq, nº 1555. — Par contre, les asiles départementaux d'aliénés n'ont aucune person-

(1) Un service public peut avoir sa comptabilité à part et ses services financiers spéciaux, receveurs, ordonnateurs, payeurs, sans constituer pour cela un établissement distinct de la commune, du département ou de l'État et doué de personnalité : ce qui fait une *personne* selon le langage courant, c'est la constitution d'un *patrimoine propre*, qui peut s'alimenter autrement que par l'impôt et s'enrichir au moyen de dons et de legs. Cette distinction a été bien mise en lumière par MM. Marques di Braga et Camille Lyon, *Obligations et responsabilités des comptables publics, comptabilité de fait*, nºs 170 et suiv. Comp. Théod, Tissier, *Dons et legs*, nº 89. Ainsi une section de commune a la *personnalité civile*, puisqu'elle possède des biens qui ne sont qu'à elle, mais elle n'a aucune *organisation financière*, puisqu'elle n'a ni budget, ni comptes, ni comptables, qui lui soient propres.

nalité distincte du département (Dalloz, *Suppl.*, v° Aliéné, n° 18 ; v° Établ. public, n° 2. — *Contrà*, Ducrocq, n° 1556).

Les *bureaux de bienfaisance* (LL. 7 frimaire an V, et 28 pluviôse an VIII).

Les *barreaux d'avocats* (Aubry et Rau, § 54, note 14).

Les *compagnies de notaires* (Ord. 4 janvier 1843), *d'avoués et d'huissiers* (Cass., 25 juill. 1870, D. 72. 1. 25. — Comp. Décr. 14 juin 1813, art. 70-8° et 91 et suiv.).

Les *compagnies d'agents de change* (Cass., 16 févr. 1885, D. 86. 1. 161, S. 86. 1. 456). Comp. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 880.

Un nombre toujours croissant de services financiers ont été isolés sous le nom de *Caisses*, qui fonctionnent sous le contrôle de l'État et qui sont, de l'aveu général, autant de personnes fictives. Telles sont : la *Caisse des Invalides de la marine* (Aucoc, *Conférences*, 3e édit., t. I, p. 360. — Voyez cependant Ducrocq, nos 1565 et suiv.) ; la *Caisse nationale d'épargne* ; les deux *Caisses d'assurances* en cas de décès et en cas d'accident (L. 11 juillet 1868, art. 9. — Comp. Ducrocq, n° 1562).

Au contraire, la *Caisse des dépôts et consignations* ne forme pas un établissement distinct de la personnalité de l'État. Elle n'est pas autre chose que la comptabilité de l'État considéré comme dépositaire, et, ce qui est décisif, le résultat de ses opérations figure dans le budget général de l'État (Ducrocq, n° 1097).

***3026. Corps constitués dépourvus de personnalité.** — L'expression « corps constitués » ferait croire que les groupes auxquels on l'applique sont doués de personnalité fictive ; c'est tout le contraire. Un corps constitué est un ensemble de fonctionnaires réunis par une hiérarchie et soumis à une discipline particulière. Ce mot, qui n'a pas de valeur technique, fait donc allusion à une simple *cohésion administrative*, mais laisse de côté la question de personnalité, c'est-à-dire de *patrimoine indépendant*. Ainsi les principaux corps constitués sont les *cours et tribunaux*, qui n'ont point de biens particuliers et ne sont pas considérés comme des personnes. De même les assemblées électives que possèdent l'État et ses subdivisions territoriales, n'ont point de personnalité : *Sénat, Chambre, conseils généraux, conseils municipaux.*

3027. Anciens établissements religieux. — Jusqu'en 1905, les établissements publics n'étaient pas tous des dépendances de l'État, considéré comme société laïque ; les institutions religieuses en fournissaient de nombreux exemples :

Les *fabriques*, chargées d'administrer les biens des paroisses catholiques, d'agir et de contracter en leur nom (L. 18 germinal an X, art. 75 ; Décr. 30 décembre 1809).

Les *menses curiales*, biens attachés à une cure ou à une succursale, et dont le curé ou le desservant était considéré comme usufruitier (L. 18 germinal an X, art. 73 et 74 ; Décr., 6 novembre 1813).

Les *menses épiscopales*. Elles rendaient aux évêques et archevêques les mêmes services que les menses curiales au clergé paroissial.

Les *chapitres cathédraux* et *collégiaux* (Décrets précités de 1809, art. 113, et de 1813, art. 49 à 61), et les *séminaires diocésains* (Décr. 30 décembre 1809, art. 113 ; Décr. 6 novembre 1813).

Mais les *paroisses* et les *diocèses*, considérés comme *circonscriptions territoriales*, n'ont jamais eu de personnalité.

Dans les cultes israélite et protestant on trouvait de même des établissements publics : les *consistoires* et les *conseils presbytéraux* (Tissier, nos 187 à 195).

Tous ces établissements ont été supprimés par la séparation des Églises et de l'État (L. 9 décembre 1905).

B. — Richesses collectives privées.

****3028. Leur nature et leurs noms usuels.** — Les *personnes fictives privées* sont des *établissements privés*, fondés et gérés par des particuliers, agissant parfois sous la surveillance et avec la permission de l'adminis-

tration, mais toujours sans aucune délégation de la puissance publique.

***3029. Type unique admis en France.** — Toute personne fictive privée correspond nécessairement à une *association de personnes*. Ce sont des particuliers qui se réunissent afin d'exercer une force collective, en associant leurs capitaux. Voyez la note sous le n° 3017, ci-dessus. Ces associations peuvent se donner des rôles très différents. Il en est qui poursuivent un *avantage pécuniaire*, et on leur réserve en général le nom de « sociétés » ; ce sont les *sociétés civiles* et les *sociétés commerciales*. Il en est d'autres qui ne poursuivent pas un but lucratif et qui portent plus spécialement le nom d'*associations*. Les associations sont de deux sortes. Les unes ont un but désintéressé ; telles sont les sociétés *charitables*, *scientifiques*, *littéraires*, etc. Les autres recherchent l'avantage personnel de leurs membres, comme les *cercles* et les *syndicats professionnels*.

***3030. Type allemand.** — Outre l'association de personnes, le droit allemand possède un autre type de personne morale, qui ne correspond à aucun groupe d'hommes et qui n'est pas le produit d'une concentration d'intérêts : c'est la *fondation* (*Stiftung*). La fondation est une masse de biens affectée à un service déterminé et investie directement de la personnalité juridique. Elle peut être faite par acte entre vifs ou de dernière volonté (C. civ. allemand, art. 80-89). Comp. t. III, n° 3347. Ce procédé est très utile pour assurer la création d'établissements de tout genre. On a fait de vains efforts pour nous en donner en France l'équivalent, car le procédé allemand est incompatible avec nos lois, dans l'état actuel des textes. Mais l'étude de cette question rentre dans la théorie des donations et des legs faits aux personnes morales, villes, communes, etc. Il en est traité dans le t. III (n°s 3330 à 3347). Pour le moment il ne sera plus question, en fait de personnes morales privées, que de celles qui représentent des associations ou, d'une façon plus générale, des groupes de personnes.

Peut-être la *Stiftung* allemande devrait-elle être considérée comme le patrimoine d'un groupe indéterminé de personnes (1). Ceci la ferait rentrer dans le cadre général des personnes fictives, c'est-à-dire des masses de biens faisant l'objet d'une propriété collective.

§ 3. — *De la formation de la propriété collective.*

3031. Dangers du phénomène. — La masse des propriétés collectives s'accroît aux dépens de la propriété privée, soit par la formation de nouvelles associations, soit par des libéralités faites à des villes, à des établissements ou à des associations déjà formées. Le fait n'est point indifférent ; sa gravité apparaît au double point de vue économique et politique.

(1) Il est parfois difficile de déterminer les individus qui doivent être regardés comme collectivement propriétaires des biens de la prétendue personne morale. Savigny cite comme exemple le cas d'un hôpital (traduction Guenoux, t. II, p. 242, note *b*). La même indétermination de nombre se retrouve dans tous les groupements nombreux, notamment la commune et l'État. La difficulté a paru telle à certains auteurs qu'ils ne peuvent réussir à comprendre comment un hôpital, qui n'est pas un groupe d'hommes, peut posséder (Thaller, *Précis*, n° 278 *in fine* ; Michoud, *Revue de droit public*, 1889, p. 23). L'explication est cependant bien simple : ces établissements publics ne sont que *des services détachés* de la personne morale (commune, État, département), qui représente bien réellement un groupe d'hommes. Comp. Donnedieu de Vabres, thèse, p. 191 (citée au n° 3015).

Au point de vue *économique*, l'accroissement des richesses collectives peut avoir des dangers. La propriété individuelle est libre, active, vivante, fertile ; elle change de mains fréquemment ; elle trouve facilement son propriétaire le plus convenable, celui qui saura le mieux la faire valoir ; elle est pour le fisc une ressource puissante, dont la fécondité est presque illimitée. La richesse collective a des caractères tout différents ; son ancien nom de *biens de mainmorte* exprime bien l'état d'immobilité ou de stagnation dans lequel elle se trouve (1). La plupart des institutions et établissements doués de personnalité ont une *durée illimitée* ; certains d'entre eux exercent sur les fortunes privées une sorte de drainage continuel ; ils sont donc capables de se constituer à la longue des richesses immenses. Avant la Révolution, les biens de mainmorte avaient certainement pris en France un développement exagéré, malgré les diminutions plus ou moins violentes que nos anciens rois leur ont quelquefois fait subir. — L'inconvénient économique qui autrefois frappait le plus les esprits était la *diminution des impôts et profits divers*, que percevaient les rois et les seigneurs. Les biens de mainmorte étaient, comme le disait Pothier (*Prescription*, n° 275), *morts pour le commerce*. Plus d'aliénations, plus de profits de mutation. En droit moderne, on a remédié à cet inconvénient en frappant ces biens d'un impôt spécial, appelé *taxe des biens de mainmorte* (LL. 20 février 1849 et 30 mars 1872). Sur cette taxe, voyez D. 1911. 1. 65 et les renvois.

Reste le *danger politique* de la mainmorte. Celui-là n'est pas le moindre. Un régime de liberté absolue tendrait à créer dans l'État des pouvoirs privés possédant de grandes richesses et une influence redoutable, qui deviendraient vite les rivaux des pouvoirs publics, et pourraient entrer en conflit avec eux, à armes presque égales. L'État qui représente les intérêts généraux de la nation, sous leur forme la plus haute, et qui est chargé de leur défense, ne peut donc pas se désintéresser d'un mouvement qui organise des forces collectives, capables de contrarier la sienne et de le réduire parfois à l'impuissance. Il a le droit et le devoir de limiter dans une juste mesure la formation de ces forces qui ne représentent jamais que des intérêts locaux et des groupements partiels (2).

(1) Ne s'exagère-t-on pas au point de vue économique, les inconvénients de la main morte ? Voyez sur ce sujet les justes réflexions de M. Donnedieu de Vabres, dans sa thèse sur la séparation des Églises et de l'État, p. 178

(2) Il est remarquable que le monde politique, au cours de la discussion de la loi du 1er juillet 1901, a paru beaucoup moins frappé qu'autrefois des dangers de la main-morte. Pour trouver des citations signalant ce péril, il a fallu remonter jusqu'aux orateurs du temps de la Restauration ou de Louis-Philippe, aux représentants de la vieille école libérale. On fait observer que la fortune des établissements religieux était peu de chose en comparaison des biens possédés par les établissements publics et par les associations, qui forment ce qu'on a appelé la *mainmorte laïque*. Il est de fait que notre époque, dominée de plus en plus par les idées socialistes, doit cesser de redouter le développement des richesses collectives. Sur les opinions modernes, voyez les citations de MM. Léon Say, Paul Leroy-Beaulieu et autres, faites par M. de Lamarzelle (*Journal officiel*, séance du Sénat, 11 juin 1901, p. 822).

****3032. Surveillance exercée par l'État.** — Jamais les gouvernements ne se sont entièrement désintéressées du phénomène. De tous temps, ils ont surveillé et limité l'accroissement des richesses collectives, qui s'opère au profit des villes, communautés et associations de toute nature. La manière et la mesure dans lesquelles cette surveillance doit s'exercer forment un des plus gros problèmes que le législateur puisse avoir à résoudre, car il y a des intérêts généraux à défendre, sans gêner au delà du nécessaire la liberté des particuliers.

***3033. Terminologie usuelle.** — La *formation initiale* d'un patrimoine collectif est appelée « création d'une personne morale » : aussitôt que le patrimoine collectif est constitué à l'état distinct, la personne fictive à laquelle on l'attribue prend *naissance*. De là le singulier langage qu'on emploie : quand on organise une de ces *masses de biens* au profit d'un groupe, on dit qu'on *crée une personne*.

La prétendue personne une fois créée, on peut *augmenter son patrimoine* en y ajoutant des biens provenant d'un patrimoine privé. Il semble alors que la personne morale reçoive une *libéralité* et on s'occupe de régler sa *capacité d'acquérir*. En réalité, il y a tout simplement accroissement d'une richesse collective par l'accession de nouveaux biens à une masse déjà formée.

3034. Renvoi. — Nous ne nous occuperons ici que de la *création* des personnes fictives, c'est-à-dire de la *formation initiale* de la richesse collective ; quant aux libéralités qui sont faites dans la suite à des personnes morales déjà existantes, leur étude rentre dans la théorie des donations et testaments et trouvera sa place dans le tome III.

A. — Régime antérieur à 1901.

***3035. Nécessité d'une autorisation.** — Le principe traditionnel du droit français était *la nécessité d'une autorisation gouvernementale* comme condition préalable pour la création de toute personne morale par des particuliers. Quand une association se fondait sans être autorisée, elle ne devenait point personne morale, et les biens qui lui étaient affectés restaient dans l'indivision entre ses membres, sauf dans quelques cas exceptionnels indiqués au n° 3040. Si des particuliers voulaient créer pour leur association un patrimoine distinct de leurs fortunes personnelles, s'ils voulaient que ce patrimoine fût soumis au régime de la propriété collective, ils devaient faire approuver leur fondation par le gouvernement, et cette approbation s'appelait *reconnaissance d'utilité publique* (ci-dessous, n° 3038).

Dans le langage métaphorique qu'on emploie d'ordinaire, on exprime cette règle en disant que *la volonté des particuliers ne suffit pas à créer une personne fictive* ; celle-ci ne peut *recevoir la vie juridique* que d'une concession du gouvernement.

3036. Origine romaine de la règle. — Le droit romain avait déjà établi une semblable restriction à la liberté des particuliers. Gaïus dit qu'il n'était pas permis à toute association (*societas* ou *collegium*) de former un *corps* (*corpus habere*), c'est-à-dire d'avoir une caisse commune et un patrimoine collectif (*arcam communem, res communes*) ; les lois en avaient restreint le nombre : « Paucis admodum in causis concessa sunt hujus modi corpora » (*Dig.*, liv. III, tit. 4, fr. 1).

***3037. Édit de 1749.** — Dans notre ancien droit le même principe était admis : la personnalité civile ne s'acquérait qu'en vertu d'un acte de l'autorité souveraine. Il en était ainsi pour les *communautés de métier*, que nous appelons aujourd'hui d'un mot que notre ancienne pratique ne connaissait pas : les *corporations*. Elles ne pouvaient se fonder qu'avec des lettres patentes du roi. Ce principe fut rappelé solennellement dans le grand édit d'août 1749 sur les *gens de mainmorte* (c'était le nom qu'on donnait jadis aux personnes morales, autres que les sociétés de commerce). Cet édit de 1749, œuvre du chancelier d'Aguesseau, est un des actes les plus importants de l'ancienne monarchie ; il contient dans son art. 1er

la prohibition de créer aucune personne morale nouvelle sans la permission du roi : « Voulons qu'il ne puisse être fait *aucun nouvel établissement* de chapitres, collèges, séminaires, maisons ou communautés religieuses, même sous prétexte d'hospice, congrégations, confréries, hôpitaux, *ou autres corps et communautés, soit ecclésiastiques*, séculières ou régulières, *soit laïques* de quelque qualité qu'elles soient, *si ce n'est en vertu de notre permission expresse* portée en nos *lettres patentes* enregistrées en nos Parlements ou conseils supérieurs... » Les anciens édits dont ce texte déclare renouveler les défenses sont l'édit du 21 novembre 1629, la déclaration du 7 juin 1639, et un édit de décembre 1666.

***3038. Système moderne : reconnaissance d'utilité publique.** — Jusqu'en 1901 nous n'avons eu aucun texte législatif moderne formulant en termes généraux la nécessité d'une autorisation gouvernementale ; on peut donc dire que sur la question de principe, c'était toujours l'édit de 1749 qui était en vigueur. Le Code civil et toutes les autres lois de la Révolution et de l'Empire supposaient ce principe admis.

Lorsqu'une association veut se faire reconnaître, elle adresse une demande à l'administration et lui communique ses statuts. Le gouvernement peut ainsi se rendre compte à la fois du *but* que poursuit l'association et de ses *moyens d'action*. Si la fondation lui paraît suspecte ou mal conçue, il rejette la demande ou ajourne sa décision ; sinon, il approuve l'association, comme étant *d'utilité publique*. On dit alors que l'établissement est *reconnu* (1) *d'utilité publique*.

Formes de la reconnaissance. — La reconnaissance d'utilité publique est donnée en principe par *un décret du chef de l'État*, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire *le Conseil d'État entendu* (L. 24 mai 1872, art. 8 et 13 ; Décr. 21 août 1872, art. 5, § 4).

Cette forme est la règle. Mais il y a eu de tout temps des exceptions en sens divers : 1° les *congrégations religieuses* ne pouvaient en général, même avant 1901, être reconnues que par une *loi* (Loi du 2 janvier 1817 ; loi du 24 mai 1825) ; 2° en sens inverse, depuis le décret-loi du 26 mars 1852, les *sociétés de secours mutuels* peuvent acquérir la personnalité civile par une *simple approbation donnée par le préfet*.

Effet de la reconnaissance. — La reconnaissance d'utilité publique n'enlève pas à l'établissement son *caractère privé* ; elle n'a pas pour effet de l'annexer aux services publics, d'en faire un organe de l'administration générale ; son seul objet est d'autoriser la formation de la masse collective, désormais soustraite au régime de la propriété privée. On dit, dans le

(1) Avant 1901, on employait volontiers un autre langage, qui est parfois celui de la loi elle-même (L. 15 juillet 1850, sur les Sociétés de Secours mutuels), et on se servait du mot *déclaration d'utilité publique* pour désigner l'acte qui confère à un établissement privé la personnalité civile. Ce terme, autrefois toléré, ne peut plus l'être, depuis que la loi du 1er avril 1901 a organisé une institution nouvelle, la *déclaration* à la préfecture, simple formalité accomplie par l'association elle-même et qui lui donne l'existence légale et la personnalité juridique (ci-dessous, n° 3042) ; il est devenu nécessaire d'avoir deux termes distincts pour désigner deux situations aussi différentes que celles des associations simplement *déclarées* et des associations *reconnues d'utilité publique*. On devra donc réserver avec soin à ces dernières les mots « reconnaissance », « reconnue », qui serviront à indiquer leur situation d'associations privilégiées. On doit remarquer d'ailleurs que le Conseil d'État évitait, même avant 1901, d'employer l'expression « déclaration d'utilité publique » pour se servir exclusivement du mot « reconnaissance ».

langage courant, qu'elle *confère la personnalité* à l'association reconnue. Par suite, il faut avoir bien soin de ne pas confondre les *établissements publics* avec les *établissements d'utilité publique* : les premiers sont des organes de la puissance publique, les seconds sont des œuvres privées.

Malheureusement la similitude fâcheuse qui existe dans leurs qualifications provoque des confusions incessantes. Pendant longtemps le langage de la loi n'a pas été fixé. Ainsi le Code civil emploie indifféremment les deux expressions comme équivalentes. Il parle des « établissements d'utilité publique » dans les art. 910 et 937 et des « établissements publics » dans les art. 2045 et 2121. La distinction ne s'est faite que plus tard.

Le langage des lois modernes est parfois tout aussi incorrect. Certains textes donnent le nom « d'établissement d'utilité publique » à des institutions qui ont une origine officielle et qui par suite devraient être placés parmi les véritables établissements publics. Ainsi la loi du 24 juin 1854 dit que les *Monts-de-Piété* sont des établissements d'utilité publique : le décret du 3 septembre 1851, dans son art. 19, donne le même titre aux *Chambres de commerce*. Il faut voir là de simples *lapsus* du législateur. Cependant la Cour de cassation reconnaît aux Monts-de-Piété un caractère mixte (arrêt du 3 avril 1878, SIMONET, nº 1792).

3039. Autorisation préfectorale. — Il ne faut pas confondre la reconnaissance d'utilité publique dont il vient d'être parlé, avec une autre autorisation dont les associations avaient aussi besoin de se pourvoir. Les associations privées n'étaient pas seulement *méconnues par la loi civile*, qui leur refusait en principe la personnalité ; elles étaient *interdites par la loi pénale*, qui considérait leur formation comme un délit, dès qu'elles comptaient plus de 20 membres (art. 291 et suiv. C. pén.). Pour éviter la dissolution et l'amende (de 16 à 200 francs), les fondateurs de l'association sollicitaient une autorisation administrative. Cette espèce d'autorisation était sans effet sur la question de personnalité. Elle avait sa fonction propre, qui était d'enlever à l'association le *caractère délictueux* qu'elle aurait eu si elle s'était formée sans être autorisée. Elle différait en outre par sa forme de la reconnaissance d'utilité publique. Au lieu d'exiger une loi ou un décret en Conseil d'État, elle se donnait tout simplement par le préfet dans les départements, et à Paris par le préfet de police.

***3040. Associations douées de personnalité sans autorisation.** — La règle qui exigeait une autorisation gouvernementale pour la concession de la personnalité civile, souffrait déjà avant 1901 quatre exceptions remarquables.

1º SOCIÉTÉS COMMERCIALES. — Elles ont été les premières, et pendant longtemps les seules, à bénéficier d'une exception. C'est pour elles une règle d'origine immémoriale ; de tout temps, en France, elles ont pu se former librement et se gérer comme personnes civiles, sans se faire reconnaître par le gouvernement.

2º ASSOCIATIONS SYNDICALES. — Autorisées par la loi du 21 juin 1865, elles se forment entre propriétaires de *biens ruraux* pour entreprendre à frais communs des travaux profitables à tous (irrigations, desséchement de marais, drainages, etc.). Le bénéfice de cette institution a été étendu aux travaux intéressant la *propriété urbaine* par la loi du 22 décembre 1888. Parmi les associations syndicales, les unes sont autorisées par l'administration, les autres sont *libres* ; mais l'art. 3 de la loi de 1865 confère le bénéfice de la personnalité civile même aux associations syndicales *libres*.

3º SYNDICATS PROFESSIONNELS. — La loi du 21 mars 1884 sur les syndicats a créé une troisième catégorie de personnes civiles de fondation privée, se constituant librement sans l'intervention de l'autorité. Les syndicats professionnels jouissent en effet de la personnalité civile sans avoir besoin de solliciter aucune autorisation administrative ; il leur suffit pour l'obtenir d'opérer à la mairie *le dépôt de leurs statuts* avec les noms de leurs directeurs ou administrateurs, ce qui est une pure formalité. Ils sont alors « régulièrement constitués » (art. 2, 4 et 6).

4º SOCIÉTÉS CIVILES. — Cette quatrième et dernière exception existe seulement depuis que la jurisprudence de la Cour de cassation, tranchant un débat qui menaçait de s'éter-

niser, a reconnu la personnalité juridique aux simples *sociétés civiles*, même à celles qui n'empruntent pas la forme commerciale de la société montée par actions (Cass., 23 févr. 1891, D. 91. 1. 337, D. 92. 1. 73 ; Cass., 2 mars 1892, D. 93. 1. 169, D. 92. 1. 497 ; Cass., 2 janv. 1894, D. 94. 1. 81, S. 94. 1. 129).

B. — Régime actuel (Loi du 1er juillet 1901) (1).

3041. Système général de la loi. — Toute la réglementation actuelle est un système à double face, les Chambres ayant établi une distinction entre les *associations ordinaires*, envers lesquelles la loi s'est montrée libérale, et les *congrégations religieuses*, qui ont été soumises à un régime rigoureux.

3042. Associations proprement dites. — On doit distinguer : 1° celles qui se forment *sans remplir aucune formalité* ; 2° celles qui se bornent à faire la *déclaration* exigée par la loi comme condition de leur fonctionnement ; 3° celles qui obtiennent leur *reconnaissance comme établissements d'utilité publique.*

Associations non déclarées. — Aux termes de l'art. 2, les associations peuvent se former *librement, sans autorisation préalable* (2). Mais cette liberté est trompeuse : si l'association ne remplit pas la formalité prescrite par l'art. 5, on lui permet bien de *se fonder*, mais on la met dans l'impossibilité de fonctionner, en lui retirant le *droit de posséder*, qui constituerait pour elle la véritable personnalité civile. Faute d'avoir fait leur déclaration, les sociétaires se voient réduits à garder leur actif sous la forme gênante de l'indivision et à vivre sous la menace perpétuelle d'une demande en partage, sans parler des dangers qui menacent les associations lorsqu'elles possèdent leurs biens irrégulièrement par personne interposée.

Associations déclarées. — Pour exister régulièrement, une association doit être déclarée à la préfecture ou à la sous-préfecture (art. 5) (3). Aux associations ainsi mises en règle avec la loi par le dépôt de leurs statuts, on reconnaît *un patrimoine collectif*, qui ne se confond pas avec les patrimoines des associés, qui n'est pas dans l'indivision entre eux. Elles sont des *personnes*, pour parler le langage usuel. Mais on ne leur accorde qu'une capacité limitée : elles sont *condamnées à rester pauvres.* Il ne leur est pas permis de posséder autre chose que *le produit des cotisations* de leurs membres, et pour empêcher ce produit de grossir trop vite, la loi fixe *un maximum de* 500 *francs* pour le *rachat* des cotisations (art. 6). Toutefois aucun maximum n'est fixé pour la cotisation elle-même ; la nécessité de la payer chaque année la limitera suffisamment.

En outre, au cas où des économies leur permettraient de faire des *placements*, il leur est interdit d'acquérir d'autres *immeubles* que ceux qui sont *nécessaires à leur fonctionnement* (même article). En fait de capitaux productifs, ces associations ne pourront donc posséder que des *valeurs mobilières.* Y perdront-elles beaucoup?

(1) La question des associations est double : une association se crée *par un contrat* et à ce titre son étude rentre dans la matière générale des contrats, où sa place logique est à côté des sociétés proprement dites, et c'est là qu'on en trouvera l'explication générale et la bibliographie (voyez t. II) ; mais, en même temps, l'association aboutit presque toujours à la formation d'un *patrimoine collectif*, et par là il est nécessaire d'en parler ici, à l'occasion du régime de la propriété collective. La loi du 1er juillet 1901 est donc un texte dont l'explication doit être scindée et rattachée en partie aux contrats, en partie à la propriété.

(2) Ce texte est un article *bis*, proposé par M. Groussier et adopté par la Chambre malgré l'opposition du Gouvernement et de la Commission (séance du 4 février 1901, *Journal officiel*, p. 284). Il dérange toute l'économie du projet. D'après les dispositions primitives proposées par le Gouvernement, toute association était soumise à la nécessité d'une déclaration préalable, faute de quoi sa constitution était illicite. L'amendement Groussier a rendu cette déclaration facultative.

(3) Cette déclaration doit mentionner l'*objet* de l'association, le *titre* qu'elle porte ; son *siège social* ; les *noms de ses administrateurs ou directeurs.* Elle doit être accompagnée de *deux exemplaires des statuts.* Les modifications ultérieures apportées aux statuts ainsi que les mutations dans le personnel dirigeant doivent être de même déclarées dans les trois mois et en outre inscrites sur un registre tenu au siège de l'association. Il est donné récépissé de ces déclarations (art. 5).

Associations reconnues d'utilité publique. — La loi nouvelle a conservé sans modifications la *reconnaissance d'utilité publique* par voie de décret, après avis du Conseil d'État (ci-dessus, n° 3038) ; seulement cette reconnaissance n'a plus la même utilité qu'autrefois : elle ne sert plus à conférer aux associations la *personnalité*, c'est-à-dire l'aptitude à posséder un patrimoine collectif, puisque cette aptitude leur appartient déjà *de plein droit*, en vertu de la déclaration faite conformément à l'art. 5, et n'est plus l'effet d'une faveur administrative ; la déclaration d'utilité publique donne seulement à l'association *le droit de recueillir des libéralités*. L'Administration ne peut donc autoriser l'acceptation d'un don ou d'un legs qu'au profit d'une association ayant obtenu sa reconnaissance par l'État.

De plus, on a établi une règle nouvelle : même reconnues d'utilité publique, les associations ne peuvent pas posséder d'*immeubles de rapport* ; il ne leur est permis, comme aux associations simplement déclarées, que de posséder ceux qui leur sont nécessaires. Toute la différence est que ces associations privilégiées peuvent les acquérir *gratuitement*, tandis que les autres ne peuvent s'en procurer que par *achat*.

Toutes les valeurs mobilières appartenant à une association doivent être placées en titres nominatifs (art. 11, al. 1er, *in fine*). Il semble, d'après la suite des idées dans le texte, que cette disposition concerne seulement les associations reconnues d'utilité publique ; pour les autres, elle serait dépourvue de contrôle et de sanction.

3043. Congrégations religieuses. — Comme le régime des congrégations appartient en entier au droit administratif, je me bornerai à expliquer ici les raisons qui ont donné à cette partie de la loi de 1901 un caractère exceptionnel. Le gouvernement a jugé que l'influence croissante des congrégations, ou du moins de certaines d'entre elles, était devenue un danger pour la forme républicaine de la Constitution, et il a engagé la lutte contre elles. C'est donc pour des motifs d'ordre politique que cette loi sur les associations, qui dormait depuis tant d'années dans les archives parlementaires, a été présentée et votée avec tant de rapidité et avec un parti pris si ferme dans la majorité qu'aucun amendement n'a pu passer sur la question de principe, malgré les efforts énergiques et persévérants de la minorité des deux Chambres (1). On a voulu atteindre diverses congrégations, principalement celle des Jésuites et quelques autres qui se livraient à l'enseignement. Depuis lors, une loi du 7 juillet 1904 a entièrement supprimé l'enseignement congréganiste, et l'autorisation a été refusée en bloc à toutes les congrégations qui l'ont sollicitée.

Sur les caractères qui distinguent les congrégations religieuses des autres associations, voyez Cass., 8 juill. 1904, D. 1905. 1. 59 et les renvois ; Bordeaux, 19 nov. 1903, Lyon, 2 févr. 1904, Riom, 13 févr. 1904, D. 1905. 2. 137 ; Cass., 28 mars et 12 avril 1911, D. 1912. 1. 13. Voyez aussi une note importante de M. Esmein, dans *Sirey*, 1903, 1. 425, qui voit en elles moins des *associations* que des organes secondaires de l'Église catholique.

§ 4. — *Gestion de la propriété collective.*

3044. Nécessité d'une gestion unitaire. — Si le patrimoine commun restait soumis au régime de la propriété individuelle, la confusion serait inextricable : chaque part serait *autonome*, c'est-à-dire que *tout acte de gestion ou de disposition supposerait le consentement de chaque propriétaire*. C'est ce qui arrive dans cet état particulier de la propriété privée qu'on appelle l'*indivision*, dans lequel chacun des ayants droit peut par sa mauvaise volonté paralyser toute action, tout changement, toute amélioration ; c'est une confusion juridique produisant un conflit perpétuel de volontés. L'indivision est un état de torpeur forcée, et

(1) Voyez les faits rappelés par M. Vallé, rapporteur du Sénat, et le programme d'organisation des religieux *Assomptionnistes* qui cherchaient à constituer partout une administration à côté de l'administration, une mairie à côté de la mairie, etc. (*Journal officiel*, séance du Sénat de 13 juin 1901, p. 841). Sur le procès intenté aux Assomptionnistes, voir l'*Année politique*, 1900, p. 22 et 27. M. Waldeck-Rousseau disait au Sénat que, si on avait tardé dix ans à déposer le projet, il n'aurait plus été au pouvoir d'aucun gouvernement de venir à bout de cette congrégation (séance du 13 juin).

en même temps une source de discordes. Si on veut qu'une entreprise ne marche pas, on n'a qu'à la soumettre à ce régime. Il était donc nécessaire d'organiser un régime spécial pour les richesses collectives, dont la plupart sont destinées à rester indéfiniment dans cet état, et ce régime devait être nécessairement *unitaire*, c'est-à-dire que la gestion des biens collectifs devait être centralisée et confiée soit à une personne unique, soit à un petit groupe de personnes, capable de prendre vite une décision et d'agir rapidement et avec suite.

***3045. Effet de la fiction de personnalité.** — Du moment où un groupe quelconque, possesseur d'un patrimoine collectif, est représenté par une personne fictive, il n'y a qu'à régir le patrimoine de cet être abstrait *comme s'il était celui d'une personne réelle*. En effet, tout groupe de personnes peut être indiqué par la formule $n+1$, n étant le nombre des membres du groupe, et la personne supplémentaire n'étant autre que le groupe lui-même personnifié. Cette *personne fictive est réputée titulaire* de tous les droits et de toutes les charges ayant un caractère collectif ; du même coup, les *membres du groupe sont réputés étrangers* à tous ces droits et à toutes ces charges. Il s'opère une *séparation complète* entre ce qui est propre à chacun et ce qui est commun. Comp. Pothier, *Traité des personnes*, n° 210. C'est cette simplicité du mécanisme qui a fait le succès de la fiction traditionnelle.

Tout marche alors de la façon la plus simple : les actes juridiques de toute nature, ventes, achats, emprunts, paiements, constitutions d'hypothèques, placements de fonds, etc., se font au profit des collectivités *sous la même forme que pour les individus, et ils produisent les mêmes effets*. Si bien qu'il n'y a rien de particulier à en dire, et qu'on peut renvoyer, pour tout ce qui concerne la gestion des patrimoines collectifs, aux règles particulières établies pour chaque acte selon sa nature : ces règles valent à la fois (sauf de rares dérogations) pour les individus et pour les collectivités.

3046. Autre explication par l'idée de représentation. — Le même procédé de gestion unifiée et concentrée, auquel on est arrivé par la fiction de personnalité, aurait été obtenu tout aussi bien avec l'idée d'une *représentation générale de la collectivité par ses gérants*. Il suffit de considérer cette représentation comme *forcée*, parce qu'elle est inhérente au régime de la propriété collective, pour arriver à la concentration de tous les pouvoirs dans les mains d'un seul ou de quelques-uns. La collectivité ainsi représentée se trouve exactement dans la même position que des mineurs ou des interdits dont le patrimoine est administré par un tuteur pour leur plus grand bien ; *elle a le profit, sans avoir la charge de la gestion*.

La supériorité de cette conception sur la fiction traditionnelle de la personnalité est évidente. Elle a en plus le mérite de la simplicité, car avec l'idée d'une personne fictive on superpose une fiction à une autre : il faut bien que cette prétendue personne, qui n'a aucune existence réelle, soit *représentée* par une personne vivante, qui administrera les biens dont elle est réputée propriétaire. Il y a donc *simplification*, quand on admet que les membres de la collectivité sont directement représentés par celui qui gère ; le mécanisme marche avec une fiction au lieu de deux (1).

3047. Domicile des personnes fictives. — La gestion d'un patrimoine collectif soulève deux séries de questions qui dépendent de l'idée de domicile. Ces questions sont les suivantes : 1° En quel lieu doivent être adressées les *assignations* et *notifications* de toute

(1) A ce point de vue encore, ce que je crois être la vérité a été exprimé à peu près dans les mêmes termes par Ihering. Voici comment il justifie la « création d'un être artificiel... qui figure extérieurement comme sujet », à la place des membres d'un groupe : « Cet être juridique *n'est en réalité qu'un masque;* il est le *mécanisme* qui sert de véhicule à toutes les relations de la communauté avec l'extérieur ; *il n'est pas lui-même l'ayant droit*. Les ayants droit sont *ceux qui sont intéressés dans la communauté*, qui se meuvent derrière lui et dont il n'est que le porte-voix. Extérieurement cependant il remplit le rôle des véritables intéressés ; il agit, il contredit, il conclut les actes juridiques et les exécute... Presque partout se représente cette figure de l'être juridique, porteur des droits d'une communauté » (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 214). La *fiction* de personnalité, dit-il d'ailleurs, n'a pas pour but, comme beaucoup de fictions juridiques, la création d'une règle nouvelle : « elle ne tend qu'à faciliter une conception juridique » : elle oblige notre pensée « à se représenter le rapport de fait *autrement qu'il n'est en réalité* ; à se représenter comme sujet non les membres isolés de la corporation, mais un être imaginaire, la corporation » (*Ibid.*, p. 298).

nature, que les tiers peuvent avoir à envoyer pour faire valoir leurs droits? 2° Quel sera le *tribunal compétent* si un *procès* s'engage ou s'il y a lieu à une *déclaration de faillite?* S'il s'agissait d'un particulier, on se réglerait sur la situation de son domicile ; mais les prétendues personnes morales *n'ont pas de domicile*, puisqu'elles ne vivent pas et que le domicile est avant tout le *lieu d'habitation d'un être vivant.* Comment fera-t-on? Si le domicile sert à cet office, c'est uniquement parce qu'il est considéré comme étant le *centre des affaires de la personne.* Or les patrimoines collectifs, cachés derrière la fiction de la personnalité, sont administrés et l'administration en est *centralisée* dans un endroit où se trouvent le bureau et les livres, où se tiennent les administrateurs : c'est ce qu'on appelle le *siège* de l'établissement ou de l'association, le *chef-lieu* de l'État, de la commune, etc., cet endroit tiendra lieu de domicile. C'est ce qu'on appelle habituellement le *domicile de la personne fictive.*

3048. Nature de ce domicile. — Ce siège de l'établissement ou de l'association, ce chef-lieu de la circonscription, fait l'office d'un *domicile élu.* Les agents chargés de l'administration du patrimoine collectif sont considérés comme ayant fait *élection de domicile* dans cet endroit pour toutes leurs relations avec les tiers dans les fonctions dont ils sont chargés. On voit qu'ici encore, et en suivant l'idée jusque dans le détail de ses applications, on n'a nul besoin de la fiction de personnalité et que tout s'explique sans elle de la manière la plus simple.

3049. Pluralité possible de domiciles. — Toute circonscription territoriale, tout établissement public ou privé a *au moins* un *centre*, chef-lieu ou siège social. Mais le domicile élu est susceptible de *pluralité.* Beaucoup d'établissements publics et d'associations privées font des opérations en des points nombreux, disséminés dans tout le territoire, et souvent même à l'étranger. Elle se créent ainsi des *centres d'action multiples*, dont le nombre n'est pas limité. Ces centres d'action peuvent être considérés comme autant de domiciles élus, d'ordre secondaire. Ces domiciles secondaires se rencontrent partout où la personne fictive a des *agents munis de pouvoirs suffisants* pour la représenter et pour agir en son nom. Ainsi l'État français peut être assigné dans chaque département au domicile du préfet ou dans les bureaux des agents du Trésor (art. 69 C. proc. civ. 1° et 2°). Les grandes compagnies de chemins de fer peuvent être poursuivies, au moins pour les procès ordinaires, dans toutes les villes où elles ont des gares importantes, et non seulement à leur siège social qui est établi à Paris (Bordeaux, 18 janv. 1904, D. 1904. 2. 267).

3050. Différences entre le siège social et les domiciles secondaires. — Il y a une *double différence* entre le siège social et les autres domiciles secondaires. Le premier a la prépondérance ; il a le caractère de domicile principal. C'est donc lui qui détermine la compétence du tribunal : 1° au cas de *faillite* ; 2° pour les procès qui mettent en question la validité même de la société ou *l'existence* de la personne fictive ; 3° en cas de *partage* après dissolution.

En second lieu, la détermination du siège principal n'offre pas de difficulté en pratique ; il est déterminé d'une manière expresse par les statuts. Au contraire, les élections de domicile qui résultent de la création de centres secondaires sont *tacites*. De là beaucoup d'incertitudes (Dalloz, *Suppl.*, v° Compétences des tribunaux civils, n°s 43 et suiv.).

§ 5. — *De l'extinction des personnes fictives.*

****3051. Possibilité d'une durée indéfinie.** — L'existence d'une masse de biens collectifs, administrée au moyen d'une fiction de personnalité, ne dépend pas de la durée de la vie humaine ; elle peut survivre à chacune des personnes intéressées, pourvu que le groupe dure et se renouvelle. Par suite, le patrimoine d'une personne fictive peut se perpétuer indéfiniment. C'est là ce qui rend les gens de mainmorte si redoutables : ce sont *des personnes qui ne meurent pas* ou plutôt *des masses de biens qui ne se dissolvent pas.* — Cependant cela leur arrive quelquefois.

3052. Causes d'extinction. — Ainsi les établissements créés par le Gouvernement peuvent disparaître comme ils s'établissent, par des *actes législatifs* ou par des *décrets*.

Les établissements fondés par des particuliers peuvent de même se dissoudre pour différentes causes, qui sont : 1° l'arrivée d'un *terme extinctif* (clause habituelle dans les sociétés commerciales) ; 2° un *vote de dissolution*, dont les conditions de validité sont ordinairement déterminées par les statuts ; 3° le *retrait de l'autorisation*, lorsqu'il s'agit d'un établissement qui a besoin d'une autorisation pour se fonder, comme les congrégations ; 4° un *jugement d'annulation*, dans les cas prévus par la loi.

3053. Effet de l'extinction. — La question de savoir quels sont les effets de l'extinction dépend de l'opinion qu'on a sur la personnalité fictive. Ceux qui croient à l'existence d'une *personne*, sont forcés de croire aussi qu'il s'agit d'un *décès*, que cette personne est *morte* et qu'elle laisse une *succession*. La rhétorique est impitoyable : elle veut que la métaphore soit suivie jusqu'au bout. — En cette matière, l'idée d'une succession est dépourvue de sens, et elle mène loin ceux qui s'y arrêtent. Sa conséquence la plus remarquable a été admise par un arrêt de la Cour de cassation : c'est que la dévolution des biens, qui s'opère à la dissolution d'une société, au profit d'une autre personne morale, peut constituer une *substitution prohibée* (1). — Il faut donc écarter toute assimilation entre la liquidation d'un patrimoine collectif et la mort d'une personne vivante ; il n'y a rien de commun entre les deux faits. La seule question qui se pose alors est celle-ci : *que doivent devenir les biens qui étaient jusque-là soumis au régime de la propriété collective?* Plusieurs hypothèses doivent être distinguées, selon qu'il s'agit d'établissements publics, d'associations ordinaires ou de congrégations religieuses.

3054. Établissements publics. — Si le patrimoine collectif est la *dotation d'un service public* détaché de l'administration générale, sa suppression amène ce simple résultat que les biens qui lui étaient affectés font retour à l'État, au département ou à la commune ; ils rentrent dans le domaine d'où ils avaient été originairement distraits.

3055. Associations. — La question de savoir ce que doivent devenir les biens d'une association dissoute était naguère encore fort discutée. Certains auteurs étaient d'avis que, en cas de suppression de l'établissement, les biens qui lui appartenaient devenaient des *biens sans maître* et tombaient dans le domaine de l'État, par application des art. 539 et 713 C. civ. (2). Formulée dans ces termes absolus, cette doctrine était inadmissible. L'État n'a aucun droit en principe à s'emparer des biens des particuliers, même quand ceux-ci les possèdent sous forme de propriété collective, et la mainmise qu'on l'encourageait ainsi à exercer n'eût été qu'une *spoliation*, pour l'appeler de son vrai nom.

Déjà des lois spéciales avaient réglé d'une façon libérale et satisfaisante la dévolution des biens des associations dissoutes. Voyez, pour les *sociétés de secours mutuels*, la loi du 15 juillet 1850, art. 10 ; le décret du 26 mars 1852, art. 15, et enfin la loi du 1er avril 1898 ; et pour les *établissements libres d'enseignement supérieur*, la loi du 12 juillet 1875, art. 12. D'après cette dernière loi, les biens donnés ou légués font retour aux donateurs ou à leurs successeurs et à ceux des testateurs. A défaut de ces ayants droit ou si les biens ont été acquis à titre onéreux, les biens font retour à l'État, si les *statuts* ne contiennent à cet égard aucune indication. Quand l'État reprend ces biens, il doit en faire usage « pour les besoins de l'enseignement supérieur, par décrets rendus en Conseil d'État, après avis du Conseil supérieur de l'instruction publique ».

Enfin la loi générale du 1er juillet 1901, sur les associations, se borne à dire : « Les biens de l'association seront dévolus *conformément aux statuts*, ou, à défaut de disposition statu-

(1) Ce point ne peut être expliqué ici ; il suppose connue la théorie des substitutions, et sera expliqué à propos de cette matière. Voyez l'arrêt de la Cour de Paris du 2 juin 1893 (D. 93. 2. 513) et l'arrêt de la Chambre des requêtes, qui a rejeté le pourvoi, du 12 février 1896 (D. 96. 1. 545).

(2) « Les membres d'une société reconnue comme établissement d'utilité publique et de tout établissement de cette nature n'ont, pas plus que ceux des commissions d'établissements publics, le droit de s'en approprier les biens en cas de dissolution » (Ducrocq, *Cours de droit administratif*, n° 1337). Comp., pour les congrégations dissoutes, Cass., 26 juill. 1905, D. 1906. 1. 137 ; Cass., 18 mai 1906, D. 1907. 1. 202.

taire, suivant les règles déterminées en assemblée générale » (art. 9). L'association reste donc toujours maîtresse de sa fortune, même au moment où elle se dissout : et cette disposition, qui est une des plus libérales de la loi entière, s'applique quel que soit le mode de dissolution de l'association, volontaire, statutaire ou judiciaire. Comparez les dispositions des Codes étrangers (Code espagnol, art. 39 ; Code allemand, art. 45 à 49).

3056. Congrégations religieuses. — Tout ce qui concerne les congrégations étant en dehors du droit civil, je me borne à renvoyer au texte de la loi de 1901, art. 18, ainsi qu'aux nombreux arrêts qui ont été rendus pour la liquidation des congrégations dissoutes, par suite du refus général opposé à leurs demandes d'autorisation (Cass., 30 mai 1905, S. 1906 1. 217 ; Cass., 20 déc. 1905, S. 1906. 1. 220 ; Cass., 29 mai 1906, 19 févr. et 30 oct. 1907, S. 1909. 1. 507-508 ; Cass., 5 juin 1907, P. et S. 1908. 1. 129 ; Cass., 3 mai 1909, P. et S. 1910. 1. 337 ; et les renvois et les notes). On pourra aussi se reporter à la 3e édition (t. 1er, nº 3056) où j'avais réuni et résumé un certain nombre de détails sur cette question, et sur le profit prodigieux qu'on avait espéré tirer de la liquidation des biens de mainmorte. Sur les présomptions de propriété établies contre leurs prête-nom, voyez t. II, nº 2271.

3057. Loi du 24 mai 1825. — La loi de 1901 n'a pas abrogé la loi du 24 mai 1825, sur les *communautés religieuses de femmes*, qui contient des dispositions un peu différentes sur l'emploi des biens de la communauté dissoute. Voyez l'art. 7.

CHAPITRE II

DES BIENS DOMANIAUX

3058. Bibliographie. — PROUDHON, *Traité du domaine public*, 1re édit., 1839, 3 vol. ; 2e édit., 1844, 5 vol. — GAUDRY, *Traité du domaine*, 1861, 3 vol. — DE RÉCY, *Traité du domaine public*, 2e édit., 1894 (Extrait du *Répertoire de droit administratif*, de BÉQUET). — MAURICE MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, thèse, Paris, 1902. — Voir aussi les traités de droit administratif, et spécialement DUCROCQ, *Cours*, 7e édition, t. IV, BERTHÉLEMY et HAURIOU, ainsi que les *Répertoires* de DALLOZ et de CARPENTIER, aux mots Domaine de l'État, Domaine public, etc. — Pour le droit antérieur à la Révolution, voyez ci-dessous, nº 3060, en note.

§ 1. — *Distinction du domaine public et du domaine privé.*

3059. Définitions. — Les biens collectifs d'une nation sont de deux sortes. Les uns forment son DOMAINE PUBLIC ; on les reconnaît à ce qu'ils sont directement *affectés à l'usage public* ; ils comprennent principalement les *voies de communication* (routes, fleuves, chemins de fer, ports).

Les autres forment son DOMAINE PRIVÉ. Il se compose de biens qui ressemblent à ceux des particuliers : bois, terres, édifices, valeurs mobilières.

3060. Ancienneté de la distinction. — ÉPOQUE ROMAINE. — La distinction que nous faisons actuellement entre les deux espèces de domaines était déjà très nettement établie en droit romain. Les jurisconsultes anciens opposaient les *res quæ sunt* IN USU PUBLICO à celles qui étaient IN PECUNIA POPULI ou IN PATRIMONIO FISCI (*Digeste*, liv. XVIII, tit. 1,

fr. 6, pr. et fr. 72, § 1). Les premières étaient considérées comme appartenant à tout le monde ; on les appelait *res publicæ*, *loca publica*. Les secondes s'appelaient *res fisci*, *res fiscales* ; sous l'Empire on les considérait comme appartenant au prince : « *quasi propriæ et privatæ principis sunt* » (*Digeste*, liv. XLIII, tit. 8, fr. 2, § 4).

Toutefois le droit romain distinguait parmi les choses publiques, celles qui offraient un intérêt *général*, comme les grandes voies de communication, et celles qui n'avaient qu'un intérêt *local*, comme les édifices publics des municipes ; les unes et les autres étaient également considérées comme des *loca publica* (*Digeste*, liv. XLIII, tit. 8, fr. 2. § 22) ; mais les premières étaient considérées comme le domaine du peuple romain tout entier (*Digeste*, liv. XLIII, tit. 8. fr. 3), tandis que les secondes étaient considérées comme domaine de la cité, *communia civitatum* (*Institutes*, liv. II, tit. 1, § 6).

Époque monarchique. — Cette distinction subsista jusqu'à la Révolution. Les choses publiques comprenaient les voies de communication terrestres et fluviales et les rivages de la mer ; mais les jurisconsultes ne s'en occupaient guère. Ce qui les intéressait davantage, c'était le *domaine royal* ou *domaine de la couronne*, composé de terres et de forêts, de châteaux et de biens de toutes sortes, analogues à ceux qu'on trouve dans les patrimoines particuliers. Le domaine royal était très important, et sa gestion normale, ainsi que sa protection contre les gaspillages de l'administration et contre les empiètements des particuliers, donnaient lieu à de nombreuses difficultés et à une réglementation déjà abondante. A cette époque, quand on parlait du *domaine*, il n'était question que de cette sorte de biens, qui correspondait aux anciennes *res fisci* des Romains.

3061. Rapprochement opéré par la Révolution. — Quand vint la Révolution, il se produisit un changement de point de vue très remarquable. Jusqu'alors le Roi avait été regardé comme propriétaire et maître du domaine de la couronne, non pas en son nom privé, mais en vertu de sa qualité et de son pouvoir royal. Lorsque l'Assemblée constituante eut dépouillé la Royauté de sa toute-puissance pour transporter celle-ci à la Nation, désormais libre et souveraine, le domaine apparut comme propriété de la Nation, et non plus du Roi. Ce principe nouveau fut proclamé par la grande loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790, dans le second alinéa de la *Déclaration* qui sert de préambule à la loi. Les dispositions spéciales de cette loi, et notamment l'art. 1er, le supposent admis comme un axiome du droit public nouveau, et se bornent à énumérer les choses qui composent le domaine national.

Malheureusement la loi de 1790 ne s'en est pas tenue là. Elle a opéré un rapprochement inutile entre le domaine national proprement dit et les choses publiques : dans son art. 2, elle déclare que les voies de communication et les rivages de la mer sont considérés *comme des dépendances* du domaine public, alors que les anciens biens de la couronne forment ce que l'art. 1er appelle le domaine national *proprement dit*. L'intention est bien visible : on a voulu affirmer que ces deux catégories de choses, quoique distinctes, appartenaient également à la Nation. Les choses publiques apparaissent alors comme une simple *dépendance* des autres, parce qu'elles ne sont pas productives de revenus et qu'elles n'ont pour ainsi dire pas de valeur vénale, tandis que les biens de la couronne étaient un capital frugifère. Cette façon de parler implique que, dans la pensée des Constituants, le domaine de la Nation se composait *principalement* des anciens biens de la couronne.

3062. Confusion complète dans le Code civil. — Ce qui n'était qu'un simple rapprochement dans la loi de 1790 est devenu une confusion complète dans le Code civil. On ne trouve dans ce code qu'une *énumération unique*, où certains biens du domaine privé sont énumérés pêle-mêle avec les choses publiques.

Dans sa rédaction primitive le Code civil attribuait indifféremment les choses dont il s'occupe « à la Nation » ou au « domaine public » ; en 1807, on a remplacé les mots « la Nation » par les mots « le domaine public », dans l'art. 539, et par les mots « l'État » dans l'art. 541, sans attacher à ce changement aucune signification de fond ; ce n'était qu'une correction de forme ; on voulait mettre le Code en harmonie avec le langage administratif de l'Empire.

3063. Rétablissement de la distinction ancienne. — Il était impossible de laisser

ainsi réunis en une seule masse les biens domaniaux proprement dits et les choses publiques ; mais il a fallu un long effort de la doctrine pour rétablir l'ancienne distinction romaine. C'est surtout le Traité de Proudhon, publié en 1833, qui a contribué à la faire adopter (2e édit., t. I, chap. XV, nº 202, p. 244). Depuis lors elle est redevenue familière à tout le monde. On appelle *domaine privé* ou *domaine de l'État*, les anciennes *res fisci* des Romains (*domaine de la couronne* de l'ancien régime), et on réserve le nom de *domaine public* aux anciennes *res publicæ* des Romains.

3064. Criterium de la distinction. — Actuellement la plus grande confusion règne dans les esprits sur la nature du principe qui doit servir à faire cette distinction. Beaucoup d'auteurs cherchent dans les textes la formule qui doit les guider. Or ils trouvent dans l'art. 538 un membre de phrase que les auteurs du Code ont emprunté à la loi domaniale de 1790, d'après laquelle le domaine public comprend *les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée.* Cette impossibilité leur paraît un fait primordial et naturel, et qui serait la cause première et la justification même de la catégorie juridique des choses publiques. Ils prennent donc à la lettre les expressions contenues dans la loi de 1790 et dans l'art. 538, et, d'après eux, il existe des choses qui échappent par leur nature à toute appropriation : « Un particulier, disent-ils, ne peut pas être propriétaire d'une route, d'un fleuve ou d'un port. »

Pourquoi pas? Sur un très grand domaine, on peut concevoir des cours d'eau qui seraient des propriétés privées ; il existe une infinité de chemins, de rues et de passages, ouverts au public, et qui appartiennent à des particuliers ; un port artificiel, comme le bassin de la Pallice, près de la Rochelle, pourrait très bien être la propriété d'une Compagnie, ou même d'un riche particulier, qui l'aurait creusé sur des terrains lui appartenant. Il n'y a donc aucune impossibilité à ce que des choses, en tout point semblables à celles du domaine public, figurent dans des patrimoines privés ; et, en fait, il y en a. S'il est matériellement impossible qu'un particulier possède une route comme celle de Paris à Toulouse, c'est à cause de sa dimension, et non à cause de sa nature ; personne non plus n'est propriétaire d'un champ grand comme la France, et le sol de la France se compose presque en totalité de champs et de terrains privés.

Il faut remarquer d'ailleurs que le Code français et la loi de 1790 n'ont pas reproduit exactement les formules romaines, lesquelles étaient beaucoup plus scientifiques et beaucoup plus exactes. Les Romains aussi disaient que personne ne peut acquérir de droits sur les *loca publica*, et que ces choses étaient *extra commercium* ou *extra patrimonium nostrum* ; seulement cette impossibilité n'était pas pour eux un fait primordial et naturel ; il était *la garantie du droit public* ; c'était le Préteur qui intervenait et qui protégeait l'intérêt de tous contre tout empiètement. Si ces choses ne pouvaient être acquises par personne, c'est parce qu'elles étaient *affectées à l'usage de tous.* L'USUS PUBLICUS était donc la caractéristique des RES PUBLICÆ, et cela se conçoit aisément. L'erreur des auteurs français, qui s'attachent uniquement à la circonstance que ces choses ne sont pas susceptibles de propriété privée, consiste donc à renverser l'importance relative des idées et à mettre la conséquence à la place du principe (1).

A la vérité, en dehors de l'atmosphère et des eaux de l'Océan, il n'y a pas sur la planète terrestre de choses qui échappent par leur nature à toute appropriation au profit de l'homme. On est donc bien obligé de chercher autre part le criterium de la distinction, et on ne peut

(1) Ce qui empêche certains auteurs de se rallier à cette vieille idée, qui est manifestement la vraie, c'est la crainte d'étendre l'*inaliénabilité*, qui leur paraît inséparable de la domanialité publique, à des choses qui n'en valent pas la peine. Comment ! disent-ils, les porte-plumes mis dans les bureaux de poste à la disposition du public vont devenir choses du domaine public, inaliénables et imprescriptibles, et tant d'autres objets sans valeur ! Hé ! non, parce que les règles du droit doivent s'appliquer avec intelligence et discernement, et, puisque l'inaliénabilité n'est qu'une règle admise après coup pour la protection des intérêts du public, il ne faut l'admettre que là où elle est justifiée, utile et raisonnable. L'inaliénabilité est une conséquence naturelle, et habituelle de la domanialité publique, mais elle n'en est point inséparable.

le trouver que dans l'affectation d'une chose à l'usage de tous (1) : « Promiscue his utuntur », disaient les anciens (*Digeste*, liv. XLI, tit. 2, fr. 1, § 22), et cette vieille idée paraît aussi être celle qui prévaut en jurisprudence (Douai, 10 juill. 1894, D. 97. 1. 257, S. 95. 2. 185). Le domaine public apparaît ainsi comme étant réellement le *domaine du public*, puisque les particuliers, par l'usage qu'ils font des biens affectés à leur service, en absorbent toute l'utilité.

Quelques auteurs sont allés plus loin, et ils ont voulu voir la véritable cause de la domanialité publique dans la simple affectation à un *service public*. Voyez notamment Hauriou, 4e édit., p. 608, et surtout p. 616 et suiv. Dans ce système, un très grand nombre de bâtiments, employés à des services administratifs, et que l'on considère en général comme faisant partie du domaine privé, sont attribués au domaine public, encore bien que les simples citoyens n'en aient pas l'usage exclusif. Ce système extensif paraît peu suivi jusqu'à présent.

Observation. — En tout cas, quand on cherche si une sorte de choses appartient au domaine public ou au domaine privé, il ne faut pas se régler sur les dispositions du Code civil : comme on l'a vu aux numéros 3061 et 3062 ci-dessus, le langage de la loi n'était pas encore fixé, quand on l'a rédigé. Ainsi il est à noter que l'expression *domaine privé de l'État* n'y figure pas, alors qu'elle aurait dû être employée dans l'art. 539. Au contraire ce texte attribue au *domaine public* des choses qui très certainement font partie du domaine privé (les lais et relais de la mer, dans l'art. 538 ; les biens sans maître et les successions en déshérence, dans l'art. 539). Pour les rédacteurs de la loi de 1790 « appartenir à la Nation » ou « faire partie du domaine public » étaient synonymes. Le Code s'exprime comme eux.

Par conséquent, et c'est là une remarque importante, quand le Code dit qu'une chose fait partie du domaine *public*, il n'a pas pour but de l'exclure du domaine *privé* ; il veut exprimer qu'elle est *domaniale*. Mais dans quelle catégorie du domaine faut-il la placer? La loi n'a pas prévu la question, et sa solution dépend de la nature de cette chose et de l'idée qu'on se fait du domaine public au sens étroit du mot.

3065. Intérêts de la distinction. — Les biens du domaine privé, bien que considérés comme la propriété de l'être fictif appelé *État*, *département* ou *commune*, sont assimilés à des propriétés privées ; ils ne font l'objet d'aucune règle particulière. L'être fictif auquel on les attribue en est propriétaire, comme pourrait l'être un particulier ; notamment, ces biens sont *prescriptibles* et *aliénables* ; ils sont *dans le commerce*. Du moins cette condition est pour eux la situation naturelle et normale, et ce n'est qu'exceptionnellement que l'inaliénabilité peut être établie pour eux. Dans la pratique moderne, le gouvernement vend librement les biens du domaine privé, sans aucune autorisation du pouvoir législatif (LL. 15 et 16 floréal an X et 1er juin 1864, art. 1er). Les forêts domaniales elles-mêmes peuvent être aliénées, seulement le consentement à la vente doit être donné par une loi, c'est-à-dire par la Nation elle-même représentée par les deux Chambres.

Quant aux biens du domaine public leur affectation directe à l'usage du public les rend tout à la fois *inaliénables* et *imprescriptibles*, toutes les fois du moins qu'il s'agit de choses importantes, comme les portions du territoire servant de voies de communication et comme les édifices consacrés aux cultes. Non seulement les particuliers ne peuvent pas acquérir sur eux, par des usurpations, un droit de propriété ou un droit de servitude ; mais les autorités publiques elles-mêmes, chargées de la garde et de la gestion du domaine, n'en peuvent disposer sous aucune forme. Toutefois l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne sont que des *conséquences* de l'affectation à l'usage du public des biens qui composent le domaine public ; elles ne durent donc qu'autant que cette affectation elle-même. Or cette affectation peut cesser de deux façons différentes : 1° par un *phénomène naturel*, pour le bord de la mer et le

(1) Cette affectation peut être naturelle, comme pour les fleuves, ou voulue par les pouvoirs publics, comme pour les routes ; mais elle implique l'absence totale de tout droit de propriété au profit d'une personne déterminée. Ainsi, quand le public est admis à utiliser un passage ou une voie privée, comme il en existe beaucoup dans les villes, le sol continue à appartenir au particulier qui en a la propriété, et le public n'y circule qu'à titre *de pure tolérance*, ou tout au plus à titre de *servitude* sur le fonds d'autrui.

lit des fleuves : si la mer se retire par l'effet d'un dépôt d'alluvions, ou si le fleuve change de cours, l'ancien terrain abandonné par les eaux sort du domaine public et devient aliénable et prescriptible ; 2° par un acte administratif appelé *déclassement*, qui intervient assez fréquemment pour les routes et les fortifications devenues inutiles.

La confusion qui a si longtemps régné au XIXe siècle sur la constitution respective du domaine public et du domaine de l'État, a fort embarrassé les interprètes quand ils se sont demandé à qui appartenaient les biens domaniaux (1). Peu à peu, et non sans peine, ils sont arrivés à reconnaître que sur les biens du domaine public, l'État n'a pas un véritable *domaine de propriété* ; qu'il n'exerce sur eux qu'une sorte de *surintendance*, c'est-à-dire une fonction de garde et de surveillance (Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6e édit., t. II, n° 910). C'était déjà l'avis des anciens auteurs, que ne gênait pas la confusion commise en 1790 et en 1804, et qui puisaient directement leurs idées dans les textes romains, dont la clarté est indiscutable (2).

3066. Répartition des biens domaniaux entre l'État, les départements et les communes. — Il n'y a pas à distinguer, pour définir le domaine pris dans son ensemble, selon que les divers biens qui le composent sont considérés comme formant le domaine général de l'État, ou s'ils sont attribués à ses subdivisions territoriales, telles que le département et la commune : le *domaine départemental* et le *domaine communal* ne sont pas autre chose (comme le disait Proudhon, n° 200) que des *fractions locales* du domaine national. La distinction de ces trois espèces de domaines, très importante dans un cours de droit administratif où l'on étudie séparément l'administration de l'État, celle du département et celle de la commune, est sans utilité dans un cours de droit civil, parce qu'il n'y a *point de différences de nature* entre les biens de ces trois classes ; ce n'est qu'une *répartition administrative* de leurs charges financières et des soins de surveillance.

Le domaine départemental est de formation récente ; il ne remonte pas au delà de 1811. Le Code n'en a pas fait mention parce que le département ne possédait encore rien en 1803 (ci-dessus, n° 3023).

3067. Pourquoi le Code s'est occupé des biens domaniaux. — Les dispositions relatives au domaine public ne sont guère à leur place dans un Code civil, qui a pour objet propre le droit privé, et qui, en fait de propriété, doit s'occuper surtout de celle qui appartient aux particuliers. Les auteurs du Code Napoléon l'avaient bien compris ; Treilhard disait, dans l'*Exposé des motifs*, que « les biens qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le Code civil doit s'occuper ; les autres sont du ressort ou d'un Code de droit public ou de lois administratives ». Peut-être est-ce aller trop loin. La propriété privée confine partout au domaine public, et la loi civile pourrait régler un certain nombre de questions qui naissent de leurs rapports, mais le Code français n'a rien fait de semblable ; s'il a consacré quelques articles (art. 537 à 542) aux biens du domaine public, c'est uniquement parce que ces biens forment *une classe de biens à part*, soumis à des lois particulières, et on a placé ces articles dans la classification des biens, en les annonçant par un intitulé assez obscur : *Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent* (titre Ier, liv. II, chap. III).

On peut aussi ajouter que la classification générale des choses appartient essentiellement au Code civil, qui doit contenir les principes fondamentaux du droit.

3068. Ancienne inaliénabilité du domaine de la couronne. — A leur avènement, les rois juraient de conserver leur domaine intact pour leurs successeurs ; néanmoins, dans leurs perpétuels besoins d'argent, ils en aliénaient fréquemment des parties considérables. Pour éviter la ruine de la royauté, dans un temps où l'on n'avait pas la faculté d'augmenter à volonté les impôts, on imagina de déclarer les principaux biens du domaine inaliénables et imprescriptibles. Ce fut l'objet de l'*édit de Moulins*, de février 1566 (Isambert, t. XIV,

(1) Proudhon a montré comment les textes du Code civil sur la propriété ne peuvent pas s'appliquer au domaine public dont chacun a le droit de jouir conformément à sa destination (*Traité du domaine public*, n° 202).

(2) Domat disait : « Les droits qu'y ont le public et le souverain sont d'une autre nature que les droits que donne la propriété » (*Droit public*, liv. I, tit. VI, sect. 1, § 6).

p. 185), que le chancelier de l'Hospital fit signer à Moulins, en même temps que la grande ordonnance sur la justice qui porte la même date (ci-dessus, nº 53). Les aliénations n'étaient plus permises que dans deux cas : 1º pour la constitution d'un *apanage* au profit d'un prince de la maison de France ; 2º pour les besoins de la guerre. Et encore la couronne se réservait toujours le droit de reprendre la portion démembrée du domaine ; dans le premier cas, c'était un droit de retour après l'extinction de la descendance mâle de l'apanagiste : dans le second, un droit perpétuel de rachat. Toutes autres aliénations étaient nulles et aucune prescription ne pouvait courir contre la couronne.

Toutefois le principe nouveau de l'inaliénabilité ne fut appliqué qu'aux parties importantes du domaine, ce qu'on appelait les *grands domaines*, qui se composaient de terres et seigneuries appartenant au roi et comprenant surtout des forêts. Quant aux biens de moindre importance, appelés *petits domaines*, on les laissa dans le commerce, sous l'empire des règles anciennes ; c'étaient les fours, moulins, péages, landes, terres vagues, marais, halles, échoppes et une foule de droits fiscaux ou de justice.

Sous la Révolution le principe protecteur introduit par l'édit de Moulins fut abandonné : le domaine faisant retour à la Nation, et celle-ci étant affranchie et souveraine, il était inutile de conserver une règle qui n'avait été établie que pour protéger la richesse de la France contre la royauté. La Nation était majeure ; elle n'avait pas besoin d'être ainsi mise en tutelle. La loi des 22 nov.-1er déc. 1790 proclama donc un principe nouveau : la nation, propriétaire du domaine, peut toujours aliéner à titre perpétuel et incommutable ; mais l'aliénation n'est possible qu'en vertu d'un *décret formel du Corps législatif* (art. 8), c'est-à-dire d'une loi, la loi seule étant considérée comme l'expression de la volonté de la nation.

Des lois postérieures ont apporté des dérogations au principe qui rendait nécessaire l'*autorisation législative* pour les aliénations domaniales. Ce furent d'abord des délégations spéciales données au pouvoir exécutif pour des aliénations partielles (LL. 16 brumaire an V, 26 vendémiaire an VII, 30 ventôse an IX). Puis vinrent les lois plus générales des 15 et 16 floréal an X, en vertu desquelles le gouvernement est autorisé à vendre les biens du domaine, sauf : 1º ceux qui vaudraient plus d'un million ; 2º ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Cette liberté d'aliénation a été confirmée par les lois du 18 mai 1850 et du 1er juin 1864.

Observation. — L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, qui sont considérées aujourd'hui comme les deux traits caractéristiques du domaine public proprement dit, ne se rattachent pas du tout au principe de l'ancien droit : la règle nouvelle n'a ni le même objet ni les mêmes motifs, et ce serait une véritable erreur que d'en attribuer l'origine à l'édit de 1566. Cet édit avait pour but la conservation des biens productifs de la couronne, principalement des terres et forêts royales, et ne se préoccupait nullement de la conservation des rivières et des routes, que le roi ne songeait pas à aliéner. Les biens anciennement déclarés inaliénables ont donc cessé de l'être, et ceux qui forment aujourd'hui le domaine public inaliénable et imprescriptible ont une autre nature et leur inaliénabilité a d'autres raisons d'être : ce n'est pas la richesse de la maison de France que l'on cherche à conserver ; ce sont les possessions directes du public, et principalement ses moyens de communication, que l'on veut sauvegarder contre les empiètements des particuliers ou les faiblesses de l'administration. Depuis l'époque romaine les *res publicæ* n'ont jamais cessé d'être *extra commercium*, tandis que l'inaliénabilité spéciale, établie en 1566 pour les biens du domaine privé, a disparu en 1790.

§ 2. — *Composition du domaine public* (1).

3069. Routes, chemins et rues. — Les routes et chemins de toute nature font en principe partie du domaine public (art. 538) (2). Il n'y a d'exception que pour les *chemins*

(1) On remarquera que le Code n'énumère pas les biens du domaine royal, forêts, terres, palais, châteaux, etc., et qu'il se borne à indiquer les choses qui sont des *dépendances* du domaine.

(2) L'art. 538 ne mentionne que les routes *à la charge de l'État*, parce qu'on a voulu

d'exploitation dans les campagnes et pour les *passages* dans les villes, qui sont des propriétés privées. — Les routes et chemins du domaine public se répartissent entre le domaine public national, le domaine public départemental et le domaine public communal, selon qu'ils sont à la charge de l'État, du département ou de la commune. — Les rues des villes et des bourgs font partie en principe du domaine communal. Cependant celles qui forment, à travers l'agglomération des maisons, le prolongement des routes nationales ou départementales, restent dans l'attribution de l'État et des départements.

***3070. Cours d'eau.** — Les *fleuves et rivières navigables ou flottables* sont dans le domaine public. Un cours d'eau est « navigable » lorsqu'il est capable de servir à une navigation continue. Il est « flottable », lorsqu'il peut porter des radeaux ou *trains de bois*. S'il est seulement flottable *à bûches perdues*, c'est-à-dire par des pièces de bois isolées et abandonnées au courant, on ne le considère pas comme faisant partie du domaine public. Un doute s'était élevé sur ce point, car le Code n'avait pas précisé ce qu'il fallait entendre par « flottable ». Mais un avis du Conseil d'État du 21 février 1822 fit la distinction, qui a été consacrée par la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, d'après laquelle la pêche dans les cours d'eau « navigables et flottables avec bateaux, trains ou radeaux » s'exerce au profit de l'État. La loi du 8 avril 1898 a confirmé ces solutions (art. 30 et 34).

Une ordonnance du 10 juillet 1835, complétée depuis à diverses reprises, a donné l'énumération des cours d'eau navigables ou flottables, en précisant le point du cours d'eau où commence la navigabilité ou la flottabilité. Mais cela ne veut pas dire qu'un cours d'eau non encore classé ne puisse être reconnu comme navigable ou flottable, et par suite comme domanial (1) ; seulement l'autorité administrative a seule mission de procéder à cette constatation.

Quand un cours d'eau fait partie du domaine public, toutes ses dépendances y sont également comprises, savoir : 1° les *bras* même non navigables et non flottables, lorsqu'ils prennent naissance au-dessous du point où le fleuve ou rivière devient navigable ou flottable ; 2° les *noues* et *boires* qui tirent leurs eaux du fleuve ou de la rivière.

La *limite des rivages* des cours d'eau du domaine public est déterminée par des arrêtés préfectoraux sous l'approbation du ministre des travaux publics. Elle doit se régler « sur la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder » (L. 8 avril 1898, art. 36). Sur les difficultés d'appréciation que comporte la délimitation du domaine public dans les fleuves soumis aux marées, voyez NAVEREAU, *Annales du régime des eaux*, 1891, n° 3 ; DE RÉCY, n°s 830 et suiv.

3071. Canaux. — Les voies navigables artificielles sont dans le domaine public national (comp. L. 8 avril 1898, art. 35). Toutefois le *canal du Midi*, qui avait fait l'objet d'une concession perpétuelle, était considéré comme une véritable *propriété privée*, grevée seulement d'une affectation à l'usage public (Cass., 22 avril 1844, D. 44. 1. 218, S. 44. 1. 406). Il a été racheté par l'État (L. 27 novembre 1897).

***3072. Chemins de fer.** — Les compagnies concessionnaires ne sont propriétaires que de leur matériel, et non du terrain des voies ni des gares, qui font partie du domaine public et sont soumis au régime de la grande voirie.

***3073. Rivages de la mer.** — La définition en a été donnée par l'ordonnance d'août 1681

mettre à part les chemins vicinaux, qui font partie du domaine des *communes*, et que l'art. 538 fait partie d'une énumération des biens appartenant *à la nation*. Voyez l'observation faite par Regnaud de Saint-Jean-d'Angély dans FENET, t. VI, p. 18.

(1) Un cours d'eau, qui est en fait, navigable ou flottable, fait-il par cela seul partie du domaine public, ou bien ce domaine ne comprend-il que ceux qui ont fait l'objet d'un décret de classement? La question a été résolue en sens divers (Voy. DURANTON, t. V, n°s 202-204 ; DAVIEL, *Législation et pratique des cours d'eau*, t. I, n°s 39 et 39 *bis* ; CORMENIN, *Question de droit administratif*, t. II, p. 307 et 318 ; DE RÉCY, n°s 525-529 ; ÉMILE BOUVIER, *Revue critique*, 1892, p. 379 et suiv. Voyez aussi C. d'État, 30 avril 1828, 5 août 1829, 13 mai 1836 ; AULANIER, *Actions possessoires*, n° 141). L'art. 538 attribue au domaine public « les fleuves et rivières navigables ou flottables », c'est-à-dire ceux *qui le sont réellement*, et non pas seulement ceux qui sont *reconnus tels*. Le classement ordonné par la loi du 15 avril 1829 n'a trait qu'au droit de pêche et aux servitudes, et ne touche pas à la question de propriété du lit qui est réglée par le Code civil.

sur la marine : « Sera réputé bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles lunes et jusques où le grand flot de mars se peut étendre sur les grèves » (Liv. IV, tit. VII, art. 1er). Cette définition convient très bien aux côtes de l'Océan et de la Manche, mais elle est inapplicable sur les bords de la Méditerranée où le phénomène de la marée est presque insensible. On est d'accord pour conserver sur ces points l'ancienne définition romaine : « Est autem littus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit » (*Institutes* de Justinien, liv. II, tit. I, *De divis. rerum*, § 3). L'idée est la même : le rivage est la portion de terre que l'eau recouvre dans les moments où elle s'avance le plus loin. Cependant cette formule si simple n'est pas toujours entendue de la même manière par le Conseil d'État ; sur les variations de sa jurisprudence, voyez DE RÉCY, nos 243-244. Pour les terrains accidentellement recouverts par les vagues pendant une tempête, voyez Cass., 4 mai 1836, D. 36. 1. 336, S. 36. 1. 465. Comp., pour les terrains périodiquement inondés, Douai, 10 janv. 1842, D. 42. 2. 234, S. 42. 299. Les rivages de la mer font partie du domaine public parce qu'ils sont une dépendance de la mer territoriale.

Une question spéciale s'élève pour les rives des fleuves voisines de la mer ; la marée s'y fait sentir, et de vastes terrains, utilisés depuis des siècles comme propriétés privées, sont fréquemment recouverts par le flux. Faut-il les traiter comme bords de rivière ou comme bords de mer? Valin voulait leur appliquer les mêmes règles qu'aux rivages de la mer (sur l'ord. de 1681, liv. I, tit. II, art. 5 et 8). Cette opinion, qui reportait les rivages maritimes à cinquante ou soixante kilomètres dans les terres, n'a pas été admise par la jurisprudence (Cass., 23 juin 1830, D. 30. 1. 308, S. 30. 1. 277, S. chr. 9. 1. 547 ; Cass., 22 juill. 1841, D. 41 1. 325, S. 41. 1. 620). Ne sont donc pas compris dans le domaine public maritime les terrains qui ne sont pas en contact direct avec les eaux de la mer, alors même qu'ils seraient recouverts, aux marées de syzygie, par les eaux du fleuve refoulées en amont et plus ou moins mélangées d'eau salée (Cass., 4 févr. 1891, D. 91. 1. 265, S. 93. 1. 358). Mais la détermination exacte du point où les rives du fleuve coupent les grèves du littoral est une question de fait que les juges du fond apprécient souverainement. Sur la délimitation de l'embouchure des fleuves (ligne transversale séparative de la mer et du fleuve), voyez DE RÉCY, nos 257 et 800-818 ; DUCROCQ, 7e édit., t. IV, nos 1506-1507.

3074. Mer territoriale. — Toutes les puissances riveraine d'une mer ouverte considèrent comme faisant partie de leur territoire une portion de mer formant une *zone continue* autour de leurs côtes. C'est ce qu'on appelle la mer « territoriale ». Pendant longtemps la largeur de cette zone a été déterminée par la portée du canon ; l'État riverain se jugeait maître de toute l'étendue que son artillerie pouvait battre ; au XVIIIe siècle, Bynkershoëk formula le principe : « Quousque e terra mari imperari potest. » Pour supprimer l'incertitude sur la dimension exacte de la mer territoriale, des lois et des conventions internationales ont fixé sa largeur à *trois mille marins*, qui font 5 556 m. (L. 1er mars 1888 sur la pêche dans les eaux territoriales de France et d'Algérie ; convention internationale du 29 octobre 1888, sur la neutralisation du canal de Suez). Cette limite se trouve de beaucoup dépassée par la portée toujours croissante de l'artillerie moderne. Sur cette matière, voir A. NUGER, *Des droits de l'État sur la mer territoriale*, thèse, Paris, 1887.

Dans ses eaux territoriales, un État exerce les mêmes droits de surveillance et de police que sur terre ; il y règle la pêche et la navigation ; il empêche les marines étrangères d'y accomplir les actes de souveraineté. Il y a des difficultés pour les baies et golfes de faible étendue dont l'ouverture ne dépasse pas la double portée du canon, de façon que l'entrée est défendue par les batteries des côtes (NUGER, p. 196 et suiv.).

3075. Ports, havres et rades. — Les ports, havres (1) et rades (2) sont des portions de la mer ou des fleuves navigables qui sont utilisées pour les besoins de la défense nationale (ports militaires) ou pour ceux du commerce (ports marchands) ou même comme simples

(1) *Havre*, mot d'origine germanique (all. *Hafen*, angl. *haven*), qui signifie port. Anciennement on l'appliquait en France à toutes sortes de ports, mais il n'est resté dans l'usage que pour désigner les ports qui assèchent à marée basse.

(2) *Rade*, portion de mer, plus ou moins bien abritée, où les navires stationnent avant d'entrer au port ou avant de gagner le large.

stations de pêcheurs (1). Ces portions de terrain, bien que recouvertes par les eaux de la mer, sont réputées faire partie du territoire de la France et sont comprises dans le domaine public national. — Actuellement, avec les idées admises sur la mer territoriale, l'attribution au domaine public des ports, havres et rades n'a que la valeur d'une énonciation complémentaire, car ces portions de mer font évidemment partie de la mer territoriale ou des fleuves.

3076. Étangs salés. — Les étangs d'eaux salées, nombreux dans certains départements maritimes, font partie intégrante du domaine public, à titre de dépendance de la mer, lorsqu'ils sont formés par les eaux marines, peuplés de la même faune que la mer voisine et qu'ils communiquent avec elle *par une issue directe* (Cass., 24 juin 1842, D. 42. 1. 117, S. 42. 1. 887). Il en est autrement de ceux qui ne se déversent dans la mer qu'après avoir mêlé leurs eaux à celles d'une rivière ayant un cours distinct; ceux-là peuvent être propriété privée (Cass., 6 févr. 1849, D. 49. 1. 179, S. 49. 1. 351).

3077. Fortifications. — Les fortifications et le terrain qu'elles couvrent, murs, fossés, etc., font partie du domaine public national (art. 540). Mais quand les fortifications ont été *déclassées*, elles rentrent dans le domaine privé de l'État; elles peuvent alors être valablement aliénées avec le terrain qui les porte, et la propriété peut en être prescrite contre l'État par les particuliers (art. 541) (2). Le Code reproduit ici l'art. 13 de la loi du 8 juillet 1791 sur les places de guerre. Sur la question de preuve et la difficulté qu'il y a parfois pour savoir si un terrain fait réellement partie des fortifications, voyez Cass., 15 juin 1837, Dalloz, *Répert.*, t. XVIII, p. 360, note 1.

***3078. Édifices.** — Les auteurs sont fort divisés sur la question de savoir si les *édifices publics* doivent être rangés dans le domaine public ou dans le domaine privé. La difficulté vient de ce qu'on ne s'entend pas sur le caractère constitutif de la domanialité publique. Les uns pensent que ce caractère réside dans la simple affectation à un *service* public, et ils en donnent pour exemples les art. 540 et 541 qui classent dans le domaine public et rendent inaliénables les portes, murs et remparts des places de guerre, tant qu'ils n'ont pas été déclassés. Les autres répondent que ces dispositions sont exceptionnelles et se justifient par l'extrême importance qui s'attache à la conservation des forteresses. Pour eux, le siège de la matière se trouve dans l'art. 538, lequel énumère des biens qui tous sont affectés à l'*usage* public. C'est cette dernière opinion qui tend à prévaloir. Il existe donc un *domaine public monumental*, mais ce domaine ne comprend pas tous les édifices nationaux, départementaux ou communaux. Sont seuls frappés de domanialité publique, et par suite inaliénables et imprescriptibles, les immeubles suivants :

1° Ceux qu'*un texte spécial classe dans le domaine public*, comme cela résulte pour les forteresses de la combinaison des art. 540 et 541;

2° Ceux qui sont des *dépendances de terrains compris dans le domaine public*, et qui font corps avec ces terrains, à titre de travaux d'art ou de constructions accessoires. Tels sont les phares, jetées et quais des ports; les ponts sur lesquels les routes franchissent les cours d'eau; les gares et magasins des chemins de fer; les fontaines, statues, colonnes et autres édicules placés dans les rues et places des villes (Cass., 16 juin 1856, D. 56. 1. 423).

3° Les *édifices consacrés aux cultes*. Les *églises cathédrales* et *métropolitaines* sont dans le domaine de l'État; les autres appartiennent aux communes. Toutes sont également inaliénables et imprescriptibles (Cass., 1er déc. 1823, Dalloz, *Répert.*, t. I, p. 251, S. 24. 1. 161; Cass., 19 avril 1825, D. 25. 1. 275, S. 27. 1. 89; Orléans, 25 juill. 1846, D. 46. 2. 150, S. 46. 2. 514). Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable que, dans notre ancien droit, la prescription était admise contre l'Église au bout de 40 ans (3).

(1) Les ports affectés au commerce sont au nombre de 261, savoir : 3 sur la mer du Nord, 55 sur la Manche, 153 sur l'Océan, et 50 sur la Méditerranée (*Tableau général du Commerce*, 1896, p. 26 à 33).

(2) Cependant, sur la possibilité de prescrire d'anciennes fortifications abandonnées voyez Cass., 30 juill. 1839, D. 40. 1. 17, S. 40. 1. 166; Cass., 18 mars 1845, D. 45. 1. 213, S. 45. 1. 572, et les renvois.

(3) Voyez cependant Bourjon, liv. IV, tit. I, chap. xii, sect. 2 et les autres auteurs

Quelques auteurs donnent la même solution pour beaucoup d'autres édifices, tels que les musées, bibliothèques, lycées, etc. (SIMONET, nº 561). Voyez toutefois DUCROCQ, *Traité des édifices publics*; *Cours*, nº 924; 7e édit., t. IV, nos 1452 à 1461. Voyez aussi DE RÉCY, nº 426. En tout cas il faut certainement ranger *dans le domaine privé* les *édifices et monuments employés à loger les services de l'administration*, tels que les ministères, préfectures, mairies, etc. (Paris, 18 févr. 1854, D. 54. 2. 178).

La distinction des deux catégories d'édifices a de l'intérêt soit pour l'existence des servitudes, que les propriétaires voisins prétendent avoir acquis par prescription sur ces bâtiments, soit pour l'acquisition forcée de la mitoyenneté des murs, quand les particuliers veulent l'obtenir en vertu de l'art. 661 C. civ. (Paris, 18 févr. 1854, D. 54. 2. 178).

La question de domanialité publique ou privée pour les édifices a une grande importance, à cause de leur nombre. Ainsi en 1875, on comptait 17 900 édifices appartenant à l'État, dont 3 300 hors de France; leur valeur totale était estimée à 1 milliard 950 millions. Cependant la jurisprudence n'a eu que très rarement l'occasion de se prononcer. Les bâtiments départementaux et communaux ne sont pas compris dans cette statistique.

***3079. Objets mobiliers.** — Ordinairement on ne place dans le domaine public que les biens *immeubles*, des « portions du territoire français », comme dit l'art. 538, reproduisant les termes de la loi de 1790. Cependant quelques décisions de jurisprudence ont admis que les objets mobiliers affectés directement à l'usage du public sont *inaliénables* et *imprescriptibles*, et par suite compris dans le domaine public proprement dit. Ceci a été jugé pour les livres et manuscrits des bibliothèques, les documents des archives, les tableaux, statues et objets d'art des musées (Paris, 3 janv. 1846, D. 46. 2. 212, S. 47. 2. 77; Dijon, 3 mars 1886, D. 87. 2. 253, S. 90. 2. 174; Nancy, 16 mai 1896, D. 96. 2. 411; Cass., 17 juin 1896 et Lyon, 10 juill. 1894, D. 97. 1. 257, S. 95. 1. 185. Voyez cep. Trib. de Lyon, 21 janv. 1893, D. 94. 2. 163). Voyez la note dans D. 97. 1. 257. Cette jurisprudence est aujourd'hui fortement contestée.

La loi du 30 mars 1887, sur la conservation des monuments historiques, a déclaré inaliénables et imprescriptibles les objets classés lorsqu'ils appartiennent à l'État (art. 10), mais l'imprescriptibilité n'implique pas nécessairement la domanialité publique, puisqu'elle peut frapper des propriétés privées. Ceux qui appartiennent à des départements ou à des communes peuvent être aliénés avec l'autorisation du ministre (art. 11). Une loi du 7 messidor an II a attribué au *domaine public* les manuscrits et titres de toute nature provenant des anciennes abbayes supprimées pendant la Révolution; mais elle prend ces mots avec le sens vague qu'on leur donnait alors, pour les attribuer à la nation. Voyez cependant Trib. Gap, 30 oct. 1895, D. 97. 2. 54, et la note.

§ 3. — *Composition du domaine privé.*

3080. Notion générale. — Le domaine privé de l'État, des départements et des communes se compose de biens de même nature que ceux des particuliers. Parmi eux, il en est beaucoup qui appartiennent à l'État, aux départements et aux communes sans qu'il y ait pour cela aucune raison théorique. Leur existence s'explique historiquement, par ce fait que l'État moderne a succédé à la royauté, et que les rois de France, comme tous les souverains, étaient des personnes vivantes, ayant leur patrimoine propre. Le noyau primitif du domaine privé actuel est l'ancien domaine royal attribué à la nation par l'art. 1er de la loi de 1790. Il comprend des *meubles*, aussi bien que des *immeubles*, des *biens incorporels* (droits) tout aussi bien que des *choses*.

***3081. Forêts.** — Les forêts domaniales font partie du domaine privé de l'État. On attachait jadis un extrême intérêt à la conservation des grands massifs forestiers, principalement

anciens cités par DALLOZ, *Répert.*, vº Domaine public, nº 58. — Les églises sont-elles restées inaliénables et imprescriptibles depuis la séparation? Controverse et citations en note dans S. 1907. 1. 501.

pour l'entretien de la flotte, au temps où les coques des navires et les mâtures étaient en bois. Et c'était aussi sur les forêts que portaient principalement les gaspillages de la royauté, parce qu'il était toujours facile d'en faire de l'argent et de trouver des acquéreurs. Aussi, sous l'ancien régime, les avait-on déclarées inaliénables et imprescriptibles. Les lois domaniales de 1790 et de l'an IV leur conservèrent ce double caractère. Ces lois n'ont jamais été abrogées ; cependant la jurisprudence décide que les forêts nationales sont devenues *prescriptibles* depuis la loi de finances du 25 mars 1817 (Cass., 27 juin 1854, D. 55. 1. 261, S. 55, 1. 497. — Cass., 9 avril 1856, D. 56. 1. 187, S. 56. 1. 808). Comp. Ducrocq, 7e édit., t. IV n° 1696 ; Béquet, *Répertoire*, v° Forêts, nos 42 à 52.

En 1875, l'État possédait en France 838 forêts, d'une contenance totale de près d'un million d'hectares et d'une valeur approximative de 1 milliard 260 millions. En Algérie, il possédait 834 bois et forêts estimés à 72 millions environ.

*3082. **Lais et relais de la mer.** — Ce sont les terrains que la mer abandonne par l'effet d'un dépôt d'alluvions ou d'un soulèvement du sol. Ils font partie du domaine privé de l'État, quoique l'art. 538 les mentionne, à côté des rivages, parmi les portions de territoire faisant partie « du domaine public ». Il y a là non pas, comme on le dit souvent, une erreur de classification, mais bien l'emploi d'une expression dont le sens a changé depuis 1803 (voyez ci-dessus, n° 3062). Il n'y a d'ailleurs aucune raison pour que ces terrains, devenus par un phénomène naturel susceptibles d'être utilisés à l'égal du reste du pays, fassent partie du domaine public. La loi du 16 septembre 1807, sur le desséchement des marais, en autorise formellement l'aliénation (art. 41).

3083. Édifices. — On a déjà vu (ci-dessus, n° 3078) qu'il faut ranger dans le domaine privé la plupart des édifices domaniaux et surtout ceux qui sont simplement affectés à des services publics. Parmi eux, il faut citer les bâtiments de toute sorte appartenant aux services de la guerre et de la marine, et n'ayant pas le caractère de *fortifications*, tels que les *usines*, *forges*, *fonderies* et *ateliers* de l'État. Ces biens sont donc soumis au régime du droit civil. Cependant la faculté d'user de l'art. 661 a été refusée au propriétaire d'un terrain joignant le mur d'un *arsenal* (Douai, 21 août 1865, D. 66. 5. 434, S. 66. 2. 229).

3084. Immeubles divers. — L'État possède aussi des biens ruraux, des sources minérales (Vichy et autres), des salines, des mines de sel, etc.

3085. Mobilier. — Il existe dans les services publics un mobilier considérable (renseignements déjà anciens, dans Dalloz, *Répert.*, v° Domaine de l'État, nos 37 et 38). La difficulté est de séparer ce matériel, qui est aliénable, des meubles compris dans le domaine public, si on admet l'existence de ces derniers (ci-dessus, n° 3079).

3086. Biens provenant de dons et legs. — Les communes et quelquefois les départements reçoivent des libéralités faites par des particuliers, tantôt en *argent* ou en *valeurs mobilières*, tantôt en *terres* ou en *maisons*. Les communes et les départements se trouvent ainsi propriétaires de biens identiques à ceux des particuliers, qui leur produisent des intérêts, des loyers et des fermages. Ordinairement ces revenus sont affectés à une *fondation*, c'est-à-dire à un service charitable, aux besoins de l'enseignement, à des prix d'encouragement au bien et au travail, etc. — Naturellement tous les biens de cette sorte sont dans le *domaine privé* du département ou de la commune.

3087. Biens provenant des successions en déshérence. — L'État recueille tous les ans une quantité assez considérable de biens privés à titre de *déshérence*, quand nul n'a de droits à faire valoir sur les biens d'une personne décédée. Les successions en deshérence tombent dans le *domaine privé* de l'État, et l'administration des domaines les revend (Ducrocq, *Traité des ventes domaniales*, p. 168-176). Cependant l'art. 539 attribue au domaine *public* « les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées ». Le texte promulgué en 1803 portait « appartiennent *à la nation* », conformément à la loi domaniale des 23 nov.-1er déc. 1790, art. 3. Ces mots ont été remplacés par « domaine public » dans l'édition de 1807, quand on a effacé dans le Code civil les traces de la Constitution républicaine du Consulat. Mais l'expression « domaine public » est devenue inexacte, depuis qu'on a fait la distinction indiquée ci-dessus, aux nos 3062 à 3065 ; c'est « domaine privé » qu'il faut lire.

§ 4. — *Des biens communaux.*

***3088. Leur nature et leur nombre.** — Les communes et les sections de communes possèdent des biens d'un genre particulier, qui offrent un des exemples les mieux caractérisés de la propriété collective : ce sont les « biens communaux ». Ils se composent ordinairement de *bois* et de *terres incultes, propres seulement au pâturage.* Ces terrains communaux sont encore considérables : plus de quatre millions et demi d'hectares, soit environ la onzième partie de la France. Les habitants des communes et sections de communes s'en réservent habituellement la *jouissance en nature* ; un très petit nombre (230 000 hect.) sont affermés.

Les biens communaux sont une subdivision du *domaine privé communal.*

3089. Controverses sur la propriété des communaux. — La question de savoir à qui appartiennent les communaux a été très controversée. D'après l'opinion qui a prévalu, la propriété en appartient exclusivement à la commune, considérée comme *être moral fictif.* Cette solution est peu conforme aux origines historiques : les communaux sont le reste bien reconnaissable des anciennes *communautés agraires* ; les habitants devraient donc en être considérés comme copropriétaires, non pas en vertu de la propriété ordinaire, telle qu'elle est définie par les art. 544 et suiv., mais à titre de propriété collective. Telle était l'opinion lors de la Révolution, et c'est ce qui explique la définition de l'art. 542 : « Les biens communaux sont ceux à la *propriété* ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis. » Comparez ce qui est dit ci-dessus (n° 2499) des *terres vaines et vagues* de Bretagne.

***3090. La question du partage des communaux.** — Les communaux soulèvent depuis plus d'un siècle une question grave : celle de leur partage. Comme la terre exploitée sous cette forme est très peu productive, les Assemblées de la Révolution crurent remédier au mal en ordonnant le partage des communaux (LL. 14 août 1792 et 10 juin 1793). Le résultat fut contraire à celui qu'on attendait : on ôta les pâturages à ceux qui avaient des bestiaux pour les donner à ceux qui n'en avaient pas ; des spéculateurs achetaient à vil prix aux paysans les parcelles dont ceux-ci n'avaient que faire. La loi du 21 prairial an IV suspendit les opérations commencées et la jurisprudence actuelle décide que le partage des communaux n'est plus permis (Avis du Conseil d'État, comité de l'intérieur, 16 mars 1838, S. 65. 2. 116, note 1 ; C. d'État, 26 avril 1844, S. 44. 2. 353 ; Circ. minist. agric. et com. 10 juill. 1846, D. 46. 3. 184). La question est du reste très complexe. On reconnaît en général que le partage est nuisible et que la plupart du temps il y a avantage à conserver les communaux en nature (Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3e édit., t. I, nos 296-297). — C'est surtout pour trancher cette question pratique du partage que la jurisprudence a eu à se prononcer sur la question théorique de la propriété, indivise ou non, des communaux. La question était mal posée : le droit au partage n'existe que pour les parts individuelles qui se trouvent en fait dans l'état d'indivision ; il est étranger à la propriété collective. L'avis du Conseil d'État de 1838 s'exprime donc très exactement quand il dit que les communaux constituent « la propriété *indivisible* du corps de commune ». — Grâce à l'opinion qui a prévalu, attribuant la propriété de ces terres à la commune, être moral, l'opération appelée « partage des communaux » n'est pas un *partage*, c'est une *vente* (*Dalloz, Supplément*, vo Biens n° 1094 ; Limoges, 11 nov. 1904, D. 1906. 2. 329 ; Riom, 27 déc. 1905, D. 1907. 2. 81).

§ 5. — *Les concessions sur le domaine public.*

3091. Bibliographie. — Paul Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, thèse, Paris, 1900. — Ludovic Le Masne, *Occupation temporaire du domaine public.* — Voir aussi les traités du droit administratif de MM. Ducrocq, Berthélemy, Hauriou, etc.

3092. Distinction. — On distingue deux espèces de concessions :

1° Les *permissions temporaires d'occupation du domaine public*, qui autorisent à prendre possession, à titre précaire, d'une partie du domaine public, pour en retirer une utilité privée. C'est en vertu de concessions de ce genre que les particuliers établissent des prises d'eau sur les rivières, des parcs à coquillages, des cabines de bains sur les plages, des kiosques pour buvettes sur les voies publiques, etc. ;

2° Les *concessions de travaux publics*, en vertu desquelles a été construit notre réseau de chemins de fer. Le concessionnaire s'engage à exécuter à ses frais un travail d'utilité publique et, pour l'indemniser, on lui concède un *monopole d'exploitation* pendant un nombre déterminé d'années. Ce droit d'exploiter emporte quelquefois une occupation exclusive, comme c'est le cas pour nos chemins de fer, mais ce n'est là qu'une conséquence indirecte qui peut faire défaut : ainsi les concessions de tramways sont de même nature que les concessions de chemins de fer, et elles n'entraînent pas l'occupation exclusive d'une portion du domaine public : leurs voies restent ouvertes à la circulation générale des piétons et des voitures.

3093. Concessions dans les cimetières. — Les cimetières sont compris dans le domaine public communal. Leur caractère de domanialité publique a été contesté (Ducrocq, *Traité des édifices publics*, nos 90 et suiv., *Cours*, nos 1418 et 1419), mais cette opinion n'a pas prévalu (voyez la note de M. Cazalens, sous Lyon, 4 févr. 1875, D. 77. 2. 161. Comp. Simonet, 2e édit., n° 1016 ; Berthélemy, 7e édit., p. 411 ; Trib. Seine, 1er avril 1882, D. 83. 30).

Traditionnellement les tombeaux sont considérés comme faisant l'objet d'un droit de propriété « sui generis » (1) (Cass., 7 avril 1857, D. 57. 1. 311, S. 57. 1. 341). C'est une idée qui nous vient du droit romain et que la jurisprudence n'a jamais abandonnée. Les décisions les plus récentes affirment toutes que les tombeaux *appartiennent* aux concessionnaires, qu'ils sont leur « propriété », qu'ils se trouvent « dans l'indivision » entre les héritiers du concessionnaire primitif et qu'ils peuvent faire l'objet d'une « revendication » (Paris, 24 févr. 1893, D. 93. 2. 353, S. 93. 5. 189 ; Paris, 29 juin 1896, D. 97. 2. 501) (2). Comp. Douai, 20 nov. 1899, D. 1901. 2. 16 ; Douai, 2 déc. 1903, D. 1905. 2. 433 ; Toulouse, 25 avril 1904, S. 1905. 2. 9.

L'administration tendait jadis à traiter les concessions dans les cimetières comme de *simples baux*, ne conférant au concessionnaire qu'un droit personnel de jouissance (Décision du 12 mai 1846, concertée entre le ministre des finances et le ministre de l'intérieur, citée par Simonet, 1re édit., n° 744, p. 407). Cependant le Conseil d'État a admis, au profit du concessionnaire, l'existence d'une revendication contre les tiers rentrant dans la compétence des tribunaux judiciaires (Cons. d'État, 19 mars 1863, D. 63. 3. 35, S. 63. 2. 118). Comp. Cass., 12 févr. 1901, S. 1901. 1. 233. — Sur les obligations de la commune en cas de déplacement du cimetière, voyez Bordeaux, 10 juin 1907, S. 1907. 2. 267, D. 1907. 2. 396 ; Cass., 25 oct. 1910, D. 1912. 1. 129 et la note de M. Berthélemy.

3094. Concessions de chemins de fer. — Les chemins de fer font partie du domaine public et sont compris dans ce qu'on appelle *la grande voirie*, qui se compose des principales voies de communication. La concesssion d'une ligne de chemin de fer a pour objet principal le droit d'exploitation ; c'est une *concession de travaux publics*, et la compagnie concessionnaire n'est propriétaire ni des voies, ni du sol et des bâtiments des gares, ni des travaux d'art.

(1) C'est même pour cela que la domanialité publique des cimetières a été contestée : si les particuliers sont propriétaires de leurs tombeaux, disait M. Ducrocq, c'est que le cimetière ne fait pas partie du domaine public, car le domaine public est exclusif de tout droit de propriété privée.

(2) Il est bien évident que ce droit des particuliers sur leurs tombeaux, qu'on appelle « droit de propriété » ou « droit *sui generis* », n'est pas régi par les règles ordinaires de la propriété. Ainsi l'étendue des droits du concessionnaire dépend des termes de l'acte de concession, et quand il n'a été autorisé à disposer de sa concession que par acte de dernière volonté, il ne peut pas la céder à autrui par donation entre vifs (Lyon, 4 févr. 1875, D. 77 2. 161 ; Lyon, 8 juin 1911, P. et S. 1912. 2. 19). Mais, à raison du caractère synallagmatique du contrat, une concession perpétuelle ne peut être grevée de taxes nouvelles (Rennes 29 janv. 1901, D. 1901. 2. 428).

mais seulement de son mobilier et du matériel. Sur le sol et les bâtiments, la compagnie n'a qu'un droit personnel, analogue à celui du locataire d'une maison (Cass., 15 mai 1861, D. 61. 1. 225, S. 61. 1. 888).

Conséquences. — On a conclu de là : 1° Que le droit du concessionnaire était *purement mobilier*, bien que portant sur des immeubles (Cass., 15 mai 1861, précité) ;

2° Qu'il ne peut être *grevé d'aucune hypothèque*, ni conventionnelle ni légale, les immeubles seuls pouvant être hypothéqués (Dalloz, *Suppl.*, v° Privilèges, n° 444) ;

3° Que la vente d'une concession n'avait pas besoin d'être transcrite et ne donnait pas lieu à la perception du droit de transcription (Cass., 20 juill. 1886, D. 87. 1. 302, S. 87. 1 332), à moins toutefois que la vente ne comprît en même temps des terrains achetés par la compagnie et lui appartenant à titre de propriété privée, auquel cas il faudrait transcrire relativement à ces terrains (même arrêt) ;

4° Que la compagnie concessionnaire n'avait pas qualité pour exercer elle-même une action réelle tendant à la suppression d'une servitude sur un terrain compris dans sa concession (Douai, 9 mars 1857, D. 57. 2. 145, S. 57. 2. 577) ;

5° Que les chemins de fer ne sont pas soumis à la taxe des biens de mainmorte établie par la loi du 20 février 1849 (Cons. d'État, 1 juin 1853, D. 54. 3. 1).

Tempérament admis en jurisprudence. — Cependant la jurisprudence admet que la compagnie a qualité pour *exercer en son propre nom les actions possessoires* tendant à la répression des entreprises commises dans l'étendue de sa concession (Cass., 5 nov. 1867, D. 68. 1. 117, S. 67. 1. 417). Cette solution est en contradiction directe avec le principe indiqué au numéro précédent. De la part d'un locataire, n'ayant qu'une simple créance mobilière, l'action possessoire, qui n'a lieu que pour les immeubles, est inadmissible et incompréhensible. Du moment où la compagnie est considérée comme *possédant* sa concession, c'est qu'elle a autre chose qu'un droit personnel ou de créance.

3095. Concessions de canaux. — Les canaux navigables sont, comme les chemins de fer, compris dans la grande voirie et par conséquent sont frappés de *domanialité publique*. Il en résulte que la *concession temporaire* d'un canal confère au concessionnaire un simple droit de jouissance, qui n'a point les caractères d'un droit réel, et ne peut être assimilé à la propriété, à l'usufruit ou à l'emphytéose (Dalloz, *Suppl.*, v° Eaux, n° 126). Malgré cela le Conseil d'État et la Cour de cassation reconnaissent également que les *canaux navigables concédés à perpétuité* par l'État constituent une *propriété privée*, sur laquelle le concessionnaire peut établir tous les droits qui ne sont pas incompatibles avec la navigation (Cass., 7 nov. 1865, D. 66. 1. 254, S. 66. 1. 57) ou s'opposer à l'établissement de servitudes ou à l'exécution de travaux sur le canal sans son consentement (Cons. d'État, 30 déc. 1858, D. 59. 3. 75, S. 59. 1. 564).

A plus forte raison en est-il ainsi pour des *canaux d'irrigation* : ils peuvent être hypothéqués et donnés en antichrèse par le concessionnaire, alors même que la concession serait *temporaire*, comme celle des chemins de fer. On considère la compagnie exploitante comme ayant acquis tout au moins un droit emphytéotique susceptible d'hypothèque (Cass., 1er avril 1884, D. 84. 1. 345, S. 85. 1. 85).

3096. Concessions de prises d'eau. — L'administration consent aux usiniers des concessions de prises d'eau sur les fleuves et rivières navigables ou flottables. Le concessionnaire n'est pas considéré comme ayant un droit réel, mais on le traite comme un *possesseur* et on lui permet d'intenter l'action possessoire contre les tiers qui le troublent (Cons. d'État, 28 mars 1838, aff. Guyot ; Cass., 6 mars 1878, S. 79. 1. 13). Comp. Dalloz, *Rép.*, v° Action possessoire, n° 297.

3097. Concessions de pêcheries. — Un arrêt a considéré les pêcheries établies sur le rivage de la mer comme faisant l'objet d'un droit immobilier, entrant dans les successions et grevé de l'hypothèque légale de la femme (Caen, 3 avril 1824, D. 25. 2. 124, S. 25. 2. 173, S. chr. 7. 2. 342).

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE PREMIER VOLUME

Les chiffres qui ne sont précédés d'aucune indication renvoient aux *numéros* ; les renvois aux *pages* sont indiqués par la lettre p. Le signe — tient lieu du *mot principal* de chaque article de la table. La lettre s. à la suite d'un numéro signifie *et suivants.*

Abandon. — D'UN DROIT. Propriété d'un fonds, 2566. Mitoyenneté, 2513. Meubles, 2189 et 2567. Voy. **Déguerpissement, Occupation.**

— D'UN ENFANT. Caractère délictueux, 1662. Déchéance de la puissance paternelle, 1747. Ouverture de la tutelle, 1766. Voy. aussi 678. Voy. ENFANT ASSISTÉ.

— DU CONJOINT. Divorce, 1150.

Abeilles. Immeubles par destination, 2220-4°. Poursuite de l'essaim, 2718.

Abornement. — généraux, 2384.

Abreuvoir. Servitude discontinue, 2895. Acquisition de la propriété, 2950.

Abrogation. — d'une loi, 225. — de l'ancien droit, 82.

Absence. THÉORIE GÉNÉRALE, 611 à 636. Définition, 611. Périodes successives, 616. Déclaration, 624. Cessation, 636. Voy. **Non-présent.**

SPÉCIALITÉS. Protection des biens du présumé absent, 620 à 623. Dissolution du mariage, 1120. Autorisation de la femme en cas d'absence du mari, 963. Annulation de l'acte non autorisé, 991. Bigamie du conjoint présent, 1016 et 1044. Acquisition des fruits, 2289-1°. Légitimité de l'enfant né pendant l'— du mari, 1383. Enfant conçu pendant l'— du mari, 1419. Désaveu, 1424 et 1452-1°. Dévolution de la puissance paternelle, 1647-3°, 1690 et 1708. Dévolution de la tutelle, 1760.

Pour les questions relatives à la *succession* de l'absent et la *communauté de biens*, voy. le t. III.

Abus. — DE CONFIANCE. 2469.

— DE JOUISSANCE. 2852, s.

Abusus. Attribut essentiel de la propriété, 2332.

Acceptation. — D'UNE DONATION. Voy. **Ascendants, Conseil de famille.**

— D'UNE OFFRE. Création des obligations, 270. Formation des conventions, voy. le t. II.

— D'UNE SUCCESSION. Au nom d'un pupille, 1938. Par un prodigue, 2134. Pour la théorie générale, voy. le t. III.

Accession. Définition, 2717. — au profit d'un immeuble, 2718-2738. — au profit d'un meuble, 2739. Voyez aussi 2797.

Accouchement. Preuve par l'acte de naissance, 1386, 1467 et 1510. Preuve par témoins, 1395 et 1511. Voy. **Grossesse.**

Achats. Par un mineur émancipé, 2002-7° et 10° et 2022. Par un prodigue ou un faible d'esprit, 2136-2°. — de fournitures par une femme mariée, 958 et 980.

Acquiescement. — Par le père administrateur légal, 1714. Par le tuteur, 1953. En matière de divorce, 1224.

Acquisitions. Par une femme mariée, 935. Pour les modes d'acquisition, voy. **Aliénation, Manières d'acquérir, Propriété;** pour la capacité, voy. **Mineur émancipé, Tuteur.**

Acte (en général). Double sens du mot, 264. Sens particulier dans l'art. 196, 1054.

ACTE ADMINISTRATIF. Authenticité, 354.

ACTE ANNULABLE. Voy. ACTION EN NULLITÉ, **Confirmation, Nullité.**

ACTE AUTHENTIQUE. Définition, 354. Force probante, 355. Comp. 518. Voy. ACTE DE L'ÉTAT CIVIL, ACTE NOTARIÉ.

ACTE CONFIRMATIF. 2613.

ACTE CONSENSUEL. 285.

ACTE CONSERVATOIRE. En général, 1617. Fait par un mineur, 1617 ; par un tuteur,

1885; par un usufruitier, 2830; par une femme mariée, 939.

ACTE D'ADMINISTRATION. Notion générale, 2338. Fait par un propriétaire dont le titre est résolu, 2359; par un tuteur, 1885, s.; par un mineur émancipé, 2001, s.; par un prodigue ou un faible d'esprit, 2136. Voy. **Administration, Bail.**

ACTE DE DISPOSITION. Notion générale, 2838, s. Fait par le nu propriétaire, 2824. Effet de l'annulation ou de la résolution de la propriété, 2351, s. Voy. **Aliénation, Capacité, Mineur, Père, Tuteur, Valeurs mobilières, Vente.**

ACTE DE L'ÉTAT CIVIL. Bibliographie, 451. Notions générales et historiques, 452, s. Registres de l'état civil, 469, s. Rédaction des actes, 479. Extraits des registres, 477 et 516. Actes de naissance, 488, s. Actes de mariage, 868. Transcription des jugements de divorce, 1229, s. Actes de décès, 498, s. Force probante, 518, s. Nullités, 521, s. Rectification, 526. Moyen de suppléer aux registres, 538, s. — reçu à l'étranger, 549. Reconstitution des actes détruits pendant la guerre de 1870 et pendant la Commune, 536-2°, 543 et 546. Voy. **Accouchement, Commune de Paris, Décès, État civil.**

ACTE DE NAISSANCE. Rédaction, 488, s. Sa production pour le mariage, 833-1°. Preuve de la maternité légitime, 1385 et 1386. — contredit par la possession d'état, 1391; confirmé par elle, 1392. — en matière de filiation naturelle, 1465, 1510 et 1514.

ACTE DE NOTORIÉTÉ. Militaires disparus, 720. Défaut d'acte de naissance, 833-1°.

ACTE INEXISTANT. 332, 345 s.

ACTE INSTRUMENTAIRE. Voy. ACTE AUTHENTIQUE, ACTE SOUS SEINGS PRIVÉS, **Preuve littérale.**

ACTE JURIDIQUE. Définition, 264-265. Formes, 285, s. Liberté des —, 288, s. Effet relatif, 296, s. Modalités, 306, s. Nullités, 326, s. Voy. **Capacité, Représentation, Volonté.**

ACTE NOTARIÉ. Théorie générale, voy. t. II. Inutile pour l'établissement des servitudes, 2939. Anciennes formules de traditions dans les ventes, 2593 et 2595. Reconnaissance d'enfant naturel, 1470-2°. Conseil de tutelle, 1804-2°. Nomination du tuteur testamentaire, 1807. Voy. **Notaire.**

ACTE NUL. Voy. **Nullité.**

ACTE RESPECTUEUX. En matière de mariage, 773, s. En matière d'adoption, 1587.

ACTE SOLENNEL. Généralités, 285, s. Nullité, 349. *Exemples divers* : Célébration du mariage, 849. Adoption, 1592. Émancipation, 1991. Reconnaissance d'enfant naturel, 1469. Autorisation maritale dans l'ancien droit, 951. Nullité des donations faites par une femme mariée non autorisée, 987.

ACTE SOUS SEINGS PRIVÉS. Définition, 354. Date certaine, 356.

Action en justice. GÉNÉRALITÉS. Définition, 2233. Nature mobilière et immobilière, 2233. Exercice des — par une femme mariée, 936 et 942. Femme défenderesse, 974. Spécialité de l'autorisation, 955. Voy. **Administration privisoire, Compétence, Mandataire ad litem, Mineur, Père, Tuteur.**

ACTION CONFESSOIRE. En matière d'usufruit, 2802. Supprimée en matière mobilière, 2481.

ACTION CRIMINELLE. 880.

ACTIONS D'ÉTAT. Généralités, 435, s. Personnes en tutelle, 1952 et 2097. Mineurs émancipés, 2026. Prodigues et faibles d'esprit, 2125. Voy. **Contestation d'état, Désaveu, Réclamation d'état.**

ACTION EN NULLITÉ. Généralités, 339-2° et 342-2°. Mariage, 1031 et 1066. Actes des femmes mariées non autorisées, 987, s. Incapables, 1631, s. Propriété, 2352. Mariage de l'interdit, 2097. Voy. **Nullité, Réduction, Rescision.**

ACTION EN PARTAGE. 1951, en note. Voy. **Partage.**

ACTIONS IMMOBILIÈRES. Énumération, 2233. — exercées par un tuteur, 1950, s.; par un mineur émancipé, 2003 et 2026; par un prodigue ou un faible d'esprit, 2125.

ACTIONS PERSONNELLES. 2157. Voy. aussi 2484.

ACTIONS POSSESSOIRES. Bibliographie, 2302. Théorie générale, 2303 à 2310. Exercées par le tuteur, 1951-3°; par un mineur émancipé, 2002 et 2026, comp. 2125; par un usufruitier, 2802. En matière de servitudes, 2973; de cours d'eau, 2417; de concessions sur le domaine public, 2266, en note, 3094 et 3096.

ACTIONS RÉELLES. 2233 et 2528. Voy. **Droits** (*réels*), **Réalité, Revendication.**

Actions des Sociétés. GÉNÉRALITÉS. Nature, 2257 et 2259, s. Dénominations, 2257. Caractère mobilier, 2258, s.

ACTIONS DE LA BANQUE DE FRANCE. Immobilisation, 2235. Aliénation pour ou par des incapables, 1913, s. et 2023.

ACTIONS DES CANAUX DU LOING, D'ORLÉANS ET DU MIDI. 2235, note.

Adages.

Actioni non natæ non præscribitur, 2653 et 2654.

Actor sequitur forum rei, 560.

Boire, manger, coucher ensemble est mariage ce me semble, 838 et 869.

Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, 2147.
Cessante causa legis cessat lex, 216.
Contra non valentem agere non currit præscriptio, 2699.
Creditur virgini..., 1520.
Dies a quo non computatur in termino, 2652 et 1378.
Ejus est interpretari legem cujus est condere, 208.
En mariage il trompe qui peut, 1057.
Error communis facit jus, 280, note.
Forma dat esse rei, 285, 330.
Idem est non esse et non significari, 822.
Incivile est nisi tota lege perspecta... respondere, 220.
Inclusione unius fit exclusio alterius, 222.
Infans conceptus pro nato habetur, 367 et 1480.
Le juge de l'action est juge de l'exception, 1403.
Locus regit actum, 186-4°, 194, 287, 550, 863, 864.
Mala fides superveniens non impedit usucapionem, 2669.
Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus, 1634.
Mobilia non habent sequelam, 1108, 1111, 2463, 2466, 2479-2°.
Mobilia personam sequuntur, 191, en note.
Morte ma fille, mort mon gendre, 657 et 670.
Ne dote qui ne veut, 1727.
Nemini res sua servit, 2882, 2980.
Nemo dat quod non habet, 2292, 2744.
Nemo in rem suam auctor esse potest, 959.
Nemo jus ignorare censetur, 280. Comp. 236.
Nemo liberalis nisi liberatus, 912.
Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet, 2452.
Nihil adhuc debetur, sed spes est debitum iri, 319.
Nulle servitude sans titre, 2943.
Onus probandi incumbit ei qui dicit, 357.
Pater is est quem nuptiæ demonstrant, 1411.
Possession vaut titre, 2459, 2476.
Qui auctor est se non obligat, 986.
Qui dicit de uno, negat de altero, 222.
Qui mavult vult, 278.
Quod nullum est, nullo lapsu temporis convalescere potest, 339-4°.
Quod universitatis est, non est singulorum, 3009, note 1.
Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest, 296.
Res judicata pro veritate habetur, 361.
Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, 980, 1718, 1920, 2351, 2857, 2985.
Reus in exceptione fit actor, 357, 2294.
Servitus servitutis esse non potest, 2881.
Tantum præscriptum quantum possessum, 2964.
Toutes coutumes sont réelles, 186-1°.
Ubi eadem est ratio, idem jus, 222.
Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, 217.
Vilis mobilium possessio, 2198, 2200.
Virgini prægnanti creditur, 1521.

Adjudication. Manière d'acquérir, 2740, s. En cas de bornage, 2381. — valant partage, 2614.

Administrateurs. Voy. ACTE D'ADMINISTRATION, MINEUR ÉMANCIPÉ, **Tuteur.** Voy. aussi le mot suivant.

Administration. GÉNÉRALITÉS. Voy. ACTE D'ADMINISTRATION. Autorisations provisoires données aux femmes mariées, 980.
ADMINISTRATION PROVISOIRE. En cas d'interdiction de l'aliéné, 2088, s. En cas d'internement, 2101, s. Exercice des actions, 2104.
ADMINISTRATION LÉGALE. Théorie générale, 1706, s. Pouvoirs du père, 1712, s. Actes de disposition, 1713. Administrateur ad hoc, 1718. Destitution du père, 1722. Parents naturels, 1708.

Adoption. Théorie générale, 1569. Empêchement au mariage, 725, 1014, 1602.
ADOPTION ENTRE VIFS. Qui peut adopter, 1572. Qui peut être adopté, 1578. — des enfants naturels, 1582. Conditions de l'—, 1583. Formes, 1591. Effets, 1598, s.
ADOPTION RÉMUNÉRATOIRE. 1588-1590.
ADOPTION TESTAMENTAIRE. 1604.

Adultère. Devoir de fidélité, 898, s. Voy. cependant 1553. Mode de preuve, 1162. Répression pénale, 900. Conséquences civiles, 903. Cause de divorce, 1159 et 1169-3°. — réciproque, 1206. Connivence du conjoint, 1207. Ancienne prohibition de mariage avec le complice, 734.

Affichage. Monuments historiques, 2907-7°.

Affouage. 561.

Age. Calcul, 1616. Engagement militaire, 1619. Puberté, 705, s. Majorité matrimoniale, 744. Adoption, 1575 et 1579. Émancipation, 1989, 1990 et 1997. Excuse de tutelle, 1839-5°. — scolaire, 1658, à la note. — d'admission dans l'industrie, 1619. Voy. **Majorité, Vieillesse.**

Agent matrimonial. 790.

Agents de change. Personnalité de leurs compagnies, 3025.

Agents diplomatiques. Mariage des Français à l'étranger et des étrangers en France, 863-864. Consentements à mariage, 767.

Agriculture. Immobilisation par destination, 2220. Suppression des anciennes restrictions, 2335. Restrictions modernes, 2336. Voy. **Animaux,** ASSOCIATION SYNDICALE, **Bois, Eaux, Propriété, Récoltes, Vaine pâture.**

Aguesseau (d'). Son œuvre législative, 58.

Aïeuls. Voy. **Ascendants.**

Ajournement. Effet interruptif, 2686.

Algérie. Extension du Code civil, 86. État de la législation, 180. Régime des eaux, 2410.

Aliénation. Pouvoirs du propriétaire, 2337. Aliénations à titre universel, 2558 et 2560. Aliénations volontaires (théorie générale), 2589, s. Par un quasi-usufruitier, 2808. Par un prodigue, 2127 et 2132. Par une femme mariée, 934. Voy. **Mineur émancipé, Tuteur, Valeurs mobilières.**

Aliénés. Leur condition générale, 2037, s. Interdiction, 2038, s. Internement, 2062, s. Incapacité, 2629, s. Mariage, 708, s. Action en divorce, 1182. Gestion de leur patrimoine, 2088, s. Projet de réforme, 2066. Voy. **Administration provisoire, Asile d'aliénés, Conseil de famille, Interdiction, Tutelle.**

Alignement. 2334 et 2444.

Aliments. Dus à un enfant naturel reconnu pendant le mariage, 1499. Promesse d'— à un enfant naturel ou à sa mère, 1524. Pour la théorie générale, voy. OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Allemagne. Code Napoléon, 138-139. Code civil, 143. Déclarations d'annulation, 335. Non-rétroactivité des conditions, 317 et 2355. Pluralité de domiciles, 597. Accroissement de la population, 696. Erreur sur la personne en matière de mariage, 1065. Capacité de la femme mariée, 924. Divorce, 1139. Séparation de corps, 1295. Paternité du mari, 1434. Adoption, 1571. Enfants viables, 370. Déclarations de décès, 635. Enfants naturels, 1369 et 1482. Recherche de la paternité naturelle, 1523. Majorité, 1618. Protection des incapables, 1629. Tribunal des tutelles, 1772. Salaire du tuteur, 1857, note. Absence d'émancipation, 1985. Choses fongibles, 2183. Propriété résoluble, 2355. Aliénations à titre universel, 2560, note. Transfert de la propriété, 2599 et 2642, s. Superficie, 2526. Servitudes du fait de l'homme, 2933. Actions possessoires pour les servitudes, 2973. Maisons divisées par étages, 2522. Voy. **Alsace-Lorraine, Livres fonciers.**

Alliance. Théorie générale, 652, s. Empêchements de mariage, 721.

Alliés. Degrés et dénominations, 654. Aliments, 667, s. Demande en interdiction, 2044. Conseil de famille, 1778. Voy. OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Alluvion. 2719.

Alsace-Lorraine. Divorce, 1139. Séparation de corps, 1295. Offices, 2538. Tutelles, 2024, note.

Améliorations. Faites par un usufruitier, 2868; par un possesseur, 2732 et 2734. Voy. **Constructions, Impenses, Revendication.**

Angleterre. Conditions des femmes mariées, 924. Recherche de la paternité, 1523.

Animaux. Défaut de personnalité, 364. ANIMAUX SAUVAGES. Voy. **Gibier.** ANIMAUX DOMESTIQUES. Immobilisation 2220 et 2221. Accession, 2718, s.

Annulation. Voy. **Nullité.**

Anthoine de Saint-Joseph. 142.

Appel. Divorce, 1218. Demandes reconventionnelles en —, 1311. Différence entre la séparation de corps et le divorce, 1307-4°.

Apprentissage. Engagement de l'enfant par son père, 1665.

Appropriances. 2605.

Appui. Servitude, 2927.

Aqueduc. Servitude, 2926.

Arbitrage. Voy. **Compromis.**

Arbres. Immeubles par nature, 2205 et 2206. Mitoyenneté, 2520 et 2521. Droits de l'usufruitier sur les arbres, 2791, s. Servitudes, 2881. Distance légale, 2914. — des grand'routes, 2528. Voy. **Plantations, Routes.**

Archives parlementaires. 218, en note.

Argentré (B. d'). 53. Voy. aussi 185-3°.

Arrérages. Définition, 2252.

Arrêts. Recueils anciens, 53 *bis*. Recueils modernes, 126. Arrêts de règlement, 155. Arrêts des Chambres réunies, 205.

Arrondissement. Défaut de personnalité, 3024.

Ascendants. Consentement au mariage, 750. Oppositions, 805. Actions en nullité de mariage, 1038, 1073, 1077-1078, 1080. Puissance paternelle, 1653-1654. Déchéances,

1742. Adoption, 1599, 1602. Relations avec leurs petits-enfants, 1663 et 1730. Privés de la jouissance légale, 1691. Tutelle légale, 1808. Acceptation des donations, 1926. Incapables d'émanciper, 1987. Voy. aussi t. III.

Asile d'aliénés. Généralités, 2067, s. Comp. 2105. Défaut de personnalité, 3025.

Assemblée constituante. Son œuvre, 64 à 67. Droits féodaux, 2327. Mines, 2393. Vaine pâture, 2432.

Assemblée législative. Majorité matrimoniale, 744. Mariage civil, 847. Divorce, 1135 et 1152. Suppression de la séparation de corps, 1294.

Assignation. Voy. **Ajournement.**

Assistance. Devoir d'— entre époux, 917-918. Supprimé par la séparation de corps, 1316.

ASSISTANCE DES INCAPABLES. Notion générale, 1627 et 2010. — de la femme par le mari, 954, 955 et 959 ; du mineur émancipé par son curateur, 2009, s. Refus d'assistance, 2027 et 2122. — du prodigue ou du faible d'esprit par son conseil, 2121, s. Voy. **Incapacité, Représentation.**

Assistance publique. Domicile de secours, 557. Mariage des enfants assistés, 763. Réception des enfants abandonnés, 1662. Tutelle des aliénés, 2106. Voy. ENFANT ASSISTÉ.

Association. GÉNÉRALITÉS. Projet de loi, 3012. Personnalité, 3029 et 3034, s. Formation illicite, 3039. Dissolution, 3055. Voy. **Société.**

ASSOCIATIONS SYNDICALES. Généralités, 2435-2437. Caractère, 3020, note. Personnalité, 3040-2°.

Assurance. Questions relatives à l'usufruit, 2807, 2817, 2831 et 2845.

Astreintes. Théorie générale, voy. t. II. Sanction du devoir de cohabitation des époux, 895. Enlèvement d'enfants au cas de divorce, 1250.

Atterrissement. 2719.

Aubergiste. Voy. **Hôtellerie.**

Aubry et **Rau.** 131.

Audience solennelle. Cour de cassation, 205. Cour d'appel, 439, note.

Auteur. Opposé à « ayant cause », 301 à 302. Droit d'—, voy. PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE.

Authenticité. 354-356. Voy. ACTE DE L'ÉTAT CIVIL, ACTE NOTARIÉ.

Autriche. Déclaration de décès, 635.

Autorisation. AUTORISATION MARITALE. Généralités, 949, s. Formes, 951, s. — tacite, 954, s. Spécialité, 975. Effet, 983. Défaut d'—, 987.

AUTORISATION DE JUSTICE. Femmes mariées, 961. Père administrateur légal, 1715. Administrateur provisoire, 2089. Voy. **Chambre du Conseil, Homologation.**

AUTORISATION PRÉFECTORALE. Associations, 3039.

Autorité de la chose jugée. THÉORIE GÉNÉRALE, 361.

APPLICATIONS. Noms des personnes, 417-418. État des personnes, 440, s. Rectification de l'état civil, 534. Rétablissement d'un acte de mariage détruit, 887-888. Nullités de mariage, 1084. Chose jugée au criminel en matière de divorce, 1187. Désaveu, 1428.

QUESTIONS DIVERSES. Jugement suppléant aux registres de l'état civil, 544, s. Jugements criminels ayant autorité au civil, 1406.

Avantages matrimoniaux. Perdus par l'effet du divorce, 1267, et de la séparation de corps, 1332.

Aveu. En matière de divorce, 1213.

Avocat. Rétablissement du titre et de l'ordre, 1955, note. Admission des femmes, 1624. Conseil judiciaire, 2108 et 2119. Voy. **Barreau, Camus.**

Avoué. — Statistique, 2538, note. Publicité des jugements de résolution, 2357 et 2613 ; des demandes en interdiction, 2060, note, et 2061-1°.

Avulsion. 2719-3°.

Ayant cause. Notion générale, 301, s. — universel et — particulier, 303. Comp. 2558. Titre de l' — universel, 2674. Règles relatives à l'usucapion, 2673. Voy. **Tiers.**

Bail. Acte d'administration, 2338. Au cas d'usufruit, 2799 à 2801. Transcription du — de plus de 18 ans, 2618-1°. — emphytéotique, 2990 et 1921. — à rente, 2255, 2997. s. et 3001. Baux perpétuels, 2994. — des biens d'un mineur en tutelle, 1887 ; d'un mineur émancipé, 2002 ; d'un aliéné placé dans un établissement public, 2015 ; d'un prodigue ou d'un faible d'esprit, 2136. Voy. **Domaine congéable, Emphytéose, Locataire.**

Banque de France. Voy. **Actions des sociétés, Billet de banque.**

Bans de vendange. 2336-5°.

Baptême. Affinité spirituelle, 653. Noms de —, 404.

Barreau. Personnalité, 3025.

Barris. Note du Président —, 1404, en note.

Bartole. 185-1°.

Bâtiments. Immeubles par nature, 2207, s. Voy. **Accession, Constructions, Édifices, Superficie.**

Beau-frère. Prohibition de mariage, 726.

Beau-père. Sens double, 667.

Belgique. Code Napoléon, 138. État actuel de la législation, 143. Loi hypothécaire, 143, v° *Belgique.* Superficie, 2526. Droits des créanciers chirographaires en matière de transcription, 2623. Constructions faites par l'usufruitier, 2870. Contrôle du tuteur, 1961. Recherche de la paternité, 1523.

Bénéfice. — D'AGE. 1984.
— DE COMPÉTENCE. Sa suppression, 675.
— D'INVENTAIRE. Obligatoire pour les personnes en tutelle, 1938.

Berry. Esprit de la coutume, 42.

Beudant (Charles). 131.

Beudant (Robert). 2326.

Bibliothèque. — de législation étrangère au ministère de la justice, 132.

Biens. Définition, 2170. Classifications, 2173, s. — corporels et incorporels, 2174. — vacants, 2565, s. — communaux, 3088-3090. Biens réservés, 942, 948. Voy. **Choses, Mainmorte, Terres vaines et vagues.**

Bigamie. Généralités, 717. Nullité de mariage, 1015, 1036 et 1044.

Billet. — D'ALLER ET RETOUR, 2341. — DE BANQUE. Titre au porteur, 2489, en note. Quasi-usufruit, 2748. Perte, 2492.

Bois. Coupes, 2242 et 2243. Défrichement, 2336. Droits de l'usufruitier, 2791, s. Exploitation par l'usufruitier, 2819. Servitudes forestières, 2907-5°. Usages forestiers, 2876-2878. Voy. **Affouage, Forêts.**

Bonaparte. Son rôle dans la confection du Code, 91. Ses idées en matière d'adoption, 1570, 1591 et 1598. Voy. **Napoléon.**

Boncerf. Sa brochure sur les droits féodaux, 62 et 2327.

Bonne foi. La — se présume toujours, 2668. La — en matière de possession, 2293 et 2725; de revendication mobilière, 2479, 2485, 2486; d'usucapion, 2667, s.; de mariages nuls, 1096 et 1108, s. Voy. **Fruits, Possesseur.**

Bonnes mœurs. Conventions contraires aux —, 293, s.

Bornage. Théorie du —, 2370-2383. Abornements généraux, 2384.

Bourjon. 53. Voy. aussi 2470 et 2473.

Bretagne. Coutume de —, 44 *bis* et 53. Appropriance par bannies, 2605. Suppression du S.-C. Velléien, 1621. Voy. **d'Argentré, Domaine congéable, Terres vaines et vagues.**

Brevets d'invention. Création, 67. Notion sommaire, 2550. Cession, 2601.

Brocards. Voy. **Adages.**

Bulletin. — de la Cour de cassation, 126. — des oppositions, 2492.
BULLETIN DES LOIS. Création et bibliographie, 120. Rôle actuel, 172.

Bureaux de bienfaisance. 3025.

Cadastre. Commission du —, 2365. Réfection du —, 2635. Son rôle dans le bornage, 2383.

Cadeaux. Voy. **Présents d'usage.**

Caisse d'épargne. Dépôts et retraits faits par une femme mariée, 943; par un mineur, 1617-5° et 2021 *in fine.*

Cambacérès. Projets de Code, 70, 71, 74.

Camus. *Profession d'avocat,* 53 *in fine,* et 126.

Canada. 143.

Canaux. Domanialité, 3071. Concessions, 3095. Voy. aussi 2330. Voy. **Actions des sociétés, Irrigations.**

Canton. Défaut de personnalité, 3017, 3024. Anciennes municipalités de —, 463.

Capacité. Notion générale, 430. Théorie générale, 1610, s. Distinction de la — et du pouvoir, 1611. Conflits de lois, 190. — de la femme séparée de corps, 1321, s.; — du mineur en tutelle, 1617, 1849-1850; — du mineur émancipé, 1999-2008; distinction établie en 1880, 2023 et 2029. Voy. **Aliéné, Femme.**

Capitaux. Réception par l'usufruitier, 1654, s.; par le tuteur, 1893; par le mineur émancipé, 2021; par le prodigue ou le faible d'esprit, 2130. Placement par le tuteur, 1897; par le mineur émancipé, 2022. Capitaux mobiliers, 2021, en note.

Carence. Procès-verbal de —, 1934.

Carrières. Exploitation, 2399, s. Usufruit, 2794 et 2819. Caractère mobilier des produits, 2243.

Casier civil. 457 et 458. Voy. aussi 2060.

Cassation. Voy. **Cour de cassation.**

Cateux. Comp. 2192 et 2194, 2242 et 2243.

Caution. Définition, 2767. — de l'usufruitier, 2767, s. et 2815. Contrat interdit au tuteur, 1929. Caution juratoire, 2770.

Chambre du conseil. Tutelle, 1795. Adoption, 1594. Interdiction, 2052 et 2088. Aliénés internés, 2101.

Chambres législatives. 160.

Championnière. 2188, en note.

Chasse. Bibliographie, 2568. Droit seigneurial, 67 et 2385. État actuel, 2568, s. Droit réel de —, 2745. Servitude de —, 2934. Droit de l'usufruitier, 2776. Voy. **Gibier, Lapins.**

Chemin. Domanialité, 3069. Chemins de halage, 2719 et 2907-3°. Chemins d'exploitation, 2501 et 2972.

Chemins de fer. Domanialité, 3072. Servitudes, 2907-2°. Concession, 3094, s.

Chénon. Études sur la propriété foncière, 2326. Voy. aussi t. III.

Choiseul. Affaire —, 1374 *bis*, et 1404, en note.

Chose jugée. Voy. **Autorité de la —**

Choses. Généralités, 2170-2172. — incorporelles, 2174-2178 et 2195. — communes, 2186. — publiques, 3060. — sans maître, 2187, s. — égarées, 2482, s., 2491. Res derelictæ, 2188 et 2583. — consomptibles : généralités, 2179 et 2180; usufruit, 2748; quasi-usufruit, 2808. — fongibles, 2181, s. — hors du commerce, 2648; — susceptibles de possession, 2264 à 2266; — futures, 2597-2°.

Chutes d'eau. Voy. **Houille blanche.**

Cimetière. Domanialité, 3093. Tombeaux, 3093. Constructions voisines, 2334. Voy. COMMUNAUTÉ RELIGIEUSE.

Citation. Voy. **Ajournement, Conciliation.**

Citoyen. Qualité de, — 425.

Clandestinité. Nullité du mariage, 1018. Mariages célébrés à l'étranger, 1022. Réhabilitation du mariage, 1048, s. En matière de possession, 2281, s. En matière d'aliénations, 2603 et 2609.

Clergé. Constitution civile du —, 66. Voy. **Culte.**

Clés. 2223 et 2225.

Clôture. — des propriétés, 2385, s.; voy. aussi 2431-2432. Mitoyenneté, 2503, s.

Code. Étymologie, 16, en note.

CODE CIVIL FRANÇAIS. — Projets de Cambacérès, 70, 71, 74. Confection, 75-81. Promulgation, 81. Éditions, 84. Bibliographie, 83. Noms successifs, 85. Plan, 87. Sources, 88 et 89. Auteurs, 90 et 91. Esprit, 92 et 93. Qualités et défauts, 94 à 96. Projets de réforme, 118. Expansion aux colonies, 86; à l'étranger, 138 à 141.

CODES CIVILS ÉTRANGERS. Anciens, 135 à 137; modernes, 143. Voy. aussi 139 et 140. Code sarde, 139 et 261. Code allemand, voy. **Allemagne.**

CODES FRANÇAIS SPÉCIAUX, 97 à 99.

CODE RURAL. — de 1791, 67, 2335 et 2432; — nouveau, 2364.

Codification. Généralités, 16 et 17. Anciennes tentatives en France, 54 à 59. Voy. aussi 100, s. Voy. CODE CIVIL.

Cohabitation. Devoir des époux, 893, s.

Colbert. 56. Voy. aussi t. II.

Collatéraux. Parenté collatérale, 644 et 649. Opposition à mariage, 806 et 813. Action en nullité de mariage, 1040. Voy. **Parenté.**

Colmet de Santerre. 131.

Colonage partiaire. 2364, en note.

Colonies. Application du Code civil, 86; des lois nouvelles, 180.

Comitas gentium. 186-2°.

Commencement de preuve par écrit. Promesse de mariage, 789. Maternité légitime, 1396; maternité naturelle, 1513. Paternité naturelle, 1526-3°.

Commerce. Code de —, 97-98. Femme commerçante : sa capacité, 946; autorisation nécessaire, 930, 956, 969 et 981. Mineur commerçant, 2000. Prodigue ou faible d'esprit, 2138. Choses hors du —, 2648. Nom de la femme mariée, 395, en note.

Communauté. COMMUNAUTÉ CONJUGALE. Continuation provisoire en cas d'absence, 632. Meubles et immeubles, 2197-7°. État indivis, 2499.

COMMUNAUTÉ DE MÉTIER. 3037.

COMMUNAUTÉ RELIGIEUSE. Voy. **Congrégation.**

Commune. Personnalité, 3023. Domaine, 3069, 3078. Biens communaux, 3088, s.

Commune de Paris. Destruction de l'état civil, 472, en note; —, 523, 543, 546, 547.

Commune renommée. Définition, 2863, en note. Preuve par — admise contre le tuteur, 1935; contre l'usufruitier, 2863.

Compétence. Voy. **Juges de paix,** OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL, **Tribunaux.**

Complainte. Action possessoire, 2305 à 2308.

Compromis. Au nom du pupille, 1956. Par un prodigue ou un faible d'esprit, 2133 ; par une femme mariée autorisée de justice, 968.

Comptes. Usufruitier, 2867, s. Tuteur, 1969 et 2018. Administrateur provisoire, 2090. Père administrateur légal, 1723.

Conception. Détermination légale, 1375, s. Enfants conçus avant ou pendant le mariage, 1415 à 1419. Enfant conçu après la dissolution du mariage, 1382, s. et 1416.

Concession. Généralités, 3092. Cours d'eau, 2427 et 3096. Cimetières, 3093. Chemins de fer, 3094. Canaux, 3095.

Concile. — de Latran, 723, 1102. — de Nicée, 1122. — de Trente : solennité du mariage, 744, 786, 840, s. ; rapt, 1059.

Conciliation. Capacité de la femme mariée, 936-2°. Citation en —, 2687, s. Préliminaire dans les actions d'état, 438 ; dans la procédure du divorce, 1194, c.

Concordat. — avec le Saint-Siège, 102.

Concubinage. Généralités, 697-698. Ne crée ni alliance, ni empêchement de mariage, 653. Cause de divorce, 1159, s. Déclaration judiciaire de paternité, 1526-4°.

Condamnation pénale. Effets, 372-374. Cause de divorce, 1171, s. Autorisation par justice de la femme du condamné, 967. Voy. aussi 440, 1783-5° et 1845-2°. Voy. **Interdiction légale.**

Condition. Définition, 325. Caractères, 308, s. Effets, 316, s. — suspensive, 307 et 319 s. — résolutoire, 322, s. ; — en matière de propriété, 2349, s. Voy. aussi 2663. Imprescriptibilité des droits réels conditionnels, 2654. Conditions protestatives, 273.

Confirmation. Généralités, 343-3°. — par un interdit, 2083. — des actes d'une femme mariée non autorisée, 992, s. — d'un mariage annulable, 1070, 1078, 1080, 1081.

Conflits. — de lois, 182, s. Voy. aussi 230.

Confusion. Extinction des servitudes 2980, s.

Confusion de part. 732.

Congrégation. Autorisation, 3043. Dissolution, 3056, 3057. Prescription, 2651 *bis*. Bibliographie, voy. t. II, n° 2046. Présomptions de propriété, voy. t. II. Voy. **Culte, Ordre religieux.**

Conjoint. Opposition au mariage, 803 et 812. Succession en cas de mariage putatif, 1113. Perte du droit de succéder par l'effet du divorce, 1265, en note ; par l'effet de la séparation de corps, 1329-1330. Pension alimentaire due par la succession du prédécédé, 906. Consentement à l'adoption, 1586. Aliments, 660 ; voy. aussi 687. Conseil de famille, 2043. Déclaration d'absence, 627-3°. Continuation provisoire de la communauté, 632. Usufruit du — survivant, 2549 et 2761. Enfant reconnu pendant le mariage, 1495, s. Conjoint de l'interdit, 2093, 2094 et 2099. Voy. **Enfant, Légitimité, Mariage, Mère.**

Conseil de famille. Organisation. Définition, 1770. Importance, 1784. Histoire, 1771. Composition, 1773, s. Lieu de formation, 1774. Convocation, 1786, s. Séances et délibérations, 1790, s. Recours contre ses décisions, 1796. Responsabilité de ses membres, 1801. Première réunion, 1855-2°. Suppression du — des enfants naturels, 1781 et 1801 *bis*.

Rôle. Éducation du pupille, 1878, s. ; comp. 1884. Gestion des biens, 1890, s. Placement des fonds, 1900. Vente des valeurs mobilières, 1915. Aliénation des immeubles, 1919. Acceptation des donations, 1924. Acceptation et répudiation des successions, 1937. Emprunt, 1930. Transaction, 1955. Tableau général, 1964. Émancipation du pupille, 1987 et 1990. Nomination du curateur, 2013. Rôle du — après l'émancipation, 2028, s. ; en cas d'interdiction, 2050, 2094, 2095 et 2096. Consentement au mariage, 756 et 761. Action en nullité de mariage, 1039. Voy. **Homologation, Interdit, Mineur, Tutelle.**

Conseil de revision. Compétence, 1403, en note.

Conseil d'État. Confection du Code, 77. Pouvoir interprétatif, 213 et 214. Règlements d'administration publique, 153.

Conseil de tutelle. Nomination, 1804-2°. Fonctions, 1854. Voy. aussi 1843.

Conseil du sceau des titres. 414.

Conseil judiciaire. Sa possibilité, 2056. Définition, 2107. Histoire, 2108. Causes, 2109. Nomination, 2116. Procédure, 2117. Fonctions, 2121 et 2124. Responsabilité, 2121. Mainlevée, 2142. Exercice de l'action en nullité, 2146. — ad hoc, 2122.

Consentement. — dans les actes juridiques, 268, s., 348. Transfert de la propriété, 2594 et 2596. — des parents au mariage des mineurs, 765 ; à l'adoption, 587. Défaut de — dans le mariage, 1009. — mutuel comme cause de divorce, 1151, s. ; de séparation de corps, 1297. Vice du — dans le mariage, 1057, s. Voy. **Volonté.**

Consolidation. Extinction de l'usufruit, 2858, s.

Constitut possessoire. 2592 et 2595.

Constitution. En général, 150 ; comp. 20. — de 1791, 66.

Constructions. Distinguées des améliorations, 2732. Élevées sur le terrain d'autrui, 2725, s. ; par un locataire, 2528 ; par un propriétaire à titre résoluble, 2737 ; par un domanier, 2528 et 2738 ; par un usufruitier, 2870, s. Empiètement sur le terrain voisin, 2735. Usurpation d'un mur privatif, 2519. Voy. aussi 2458. Voy. **Accession, Édifices, Impenses.**

Consul. Voy. **Agent diplomatique.**

Contestation d'état. Notion générale 435. En matière de légitimité, 1379, s. ; de maternité, 1400, s.

Continuité. Possession, 2277, s. Servitudes, 2894.

Contradicteur légitime. 441, s.

Contrat. Théorie générale, voy. t. II. — contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, 290 à 295. Voy. aussi 1616. Transfert de la propriété, 2589, s. Contrat abstrait d'aliénation, 2599 *in fine*. Rétroactivité des lois, 261. Voy. ACTE JURIDIQUE, ACTE SOLENNEL, **Capacité, Consentement, Incapacité, Nullité, Obligations, Volonté.**

CONTRAT DE MARIAGE. Prodigue, 2137. Époux divorcés qui se remarient, 1287.

Convention. Voy. **Contrat.**

Convention nationale. Généralités, 69, s. Rétroactivité des lois, 250 et 253. Divorce, 1135. Recherche de la paternité, 1521. Adoption, 1570.

Conversion. — de la séparation de corps en divorce, 1348. — de saisie par un mineur émancipé, 2025.

— DE TITRES NOMINATIFS. Tuteur, 1917, 1927, 1947, s. Père administrateur légal, 1714. Mineur émancipé, 2024.

Convol. Belle-mère, 670-2°. Mère tutrice, 1804. Jouissance légale, 1704.

Copropriété. Théorie générale, 2497, s. Voy. **Indivision, Partage.**

Coquille (Gui). 53.

Corail. 2576.

Corporation. 3037. Voy. **Syndicat.**

Corps constitués. 3026.

Correction (Droit de). Père et mère, 1664, s. Effet du divorce, 1279. Tuteur, 1879. Ancien droit du mari, 922.

Cotuteur. 1822, s.

Cour de cassation. Création, 65 et 205. Rôle, 203. Arrêts des Chambres réunies, 205. Bulletin, 126. Projet de création d'une Haute Cour, 156.

Cours d'appel. Dénomination, 203. Importance de leur jurisprudence, 206.

Cours d'eau. Voy. **Rivière.**

Course. Abolition de la — maritime, 2582.

Courtage matrimonial. 790.

Coutumes. Nature du droit coutumier, 11 et 14. Anciennes — françaises, 35, s. Rédaction des —, 41, s. — réformées, 44 *bis*.

Coutumier général. 43.

Créance. Notion générale, 2154, s. Nature mobilière, 2232 et 2249. Caractère quérable, 680. Voy. **Droits, Obligation.**

Créancier. Généralités, voy. t. II. Action en nullité de mariage, 1042, 1066 et 1075. Action en divorce, 1180. Voy. **Fraude, Saisie.**

CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE. Ayant cause universel, 305. Non admis à opposer le défaut de transcription, 2617, 2620, s. Admis à opposer la prescription, 2711, s. et 2716. Voy. aussi 2856.

CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE. Voy. **Hypothèque.**

Crédit foncier. Généralités, voy. t. II. Remboursement par un usufruitier, 2828.

Culte. Lois sur l'organisation des —, 102. Établissements religieux, 3027, s. Voy. **Clergé, Église, Prêtrise.**

Curateur. MINEUR ÉMANCIPÉ. Généralités, 2009, s. Responsabilité, 2011. Nomination, 2013. Fonctions, 2009 et 2017, s. Refus d'assistance, 2027. Cessation de la curatelle, 2030, c.

ALIÉNÉ. Curateur à la personne, 2070.

CURATEUR AD HOC. 2014.

CURATEUR AU VENTRE. 1876-1877.

Dalloz. Lois annotées, 121. Recueil d'arrêts, 126. Répertoire, 132.

Date. Actes authentiques et sous seings privés, 356. Actes de l'état civil, 483 et 518. Décès, 503 et 520. Aliénation de meubles, 2598 ; d'immeubles, 2619. Commencement de l'usucapion, 2652. Voy. **Décret, Loi.**

Dation. Sens du mot, 2156, en note.

Décès. Déclaration, 499, s., 616. Vérification, 510. Preuve du jour et de l'heure, 503 et 520. — en mer, 506. Constatation des — par jugement, 507, s. Preuve, 537-5°. Preuve du décès d'un ascendant en cas de mariage, 754. Voy. **Absence, Funérailles.**

Déchéance. En matière de divorce, 1265, s. ; de séparation de corps, 1326, s. Après

la conversion de la séparation en divorce, 1359. Voy. **Puissance paternelle.**

Déclaration. — d'absence, 616 et 624, s. — de grossesse, 1468, en note. — de naissance, 4881 s. — de décès, 499, s. — de décès en Allemagne, 635. — de Paris, 2582.

— D'UTILITÉ PUBLIQUE. Personnalité, 3038, s. Expropriation, 2499.

Décret. — ordinaires et réglementaires, 153 et 157. Décrets-lois, 158. Publication, 177. Date, 179. Voy. **Règlements.**

Dégradation civique. 374.

Déguerpissement. Notion générale, 2368. Servitudes, 2967-2°. Rentes foncières, 2999-3000. Domaine congéable, 3004.

Délai. Viduité, 731, 1124, 1256. Opposition en matière de divorce, 1221. Prononcé du divorce, 1200. Transcription du divorce, 1233.

Délit. Non-rétroactivité des lois, 246 et 252. Obligations délictuelles d'une femme mariée, 940. Voy. t. II.

Demande en justice. Interruption de la prescription, 2685, s. — reconventionnelle en divorce ou en séparation, 1308.

Démembrements de la propriété. 2337. Voy. DOMAINE DIRECT.

Démence. Cause de divorce, 1150. Cause d'interdiction, 2039. Actes entachés de —, 2074-2077.

Démission de biens. 2040, en note.

Demolombe. 131. Système sur la possession d'état d'enfant naturel, 1543.

Denisart. 59 et 1854, en note.

Dénonciation de nouvel œuvre. 2305 et 2310.

Département. Création, 64. Personnalité, 3023. Domaine, 3069, s.

Dépopulation. 696.

Désaveu de paternité. Théorie générale, 1420, s. — avec preuve, 1430; par simple dénégation, 1439. Procédure, 1448. Délais, 1451, 1452, 1457; comp. 1462. Enfant non pourvu d'un acte de naissance, 1459, s. Autorité du jugement, 1428. Pouvoir du tuteur de l'interdit, 2097. Droits des héritiers, 1425 et 1456 à 1458. Légitimation de l'enfant désavoué, 1553.

Déshérence. Successions en —, 3087.

Désistement. En matière de divorce, 1225.

Dessaisine-saisine. 2593.

Destination. — DU PÈRE DE FAMILLE. Création des servitudes, 2960.

IMMEUBLES PAR —. 2210, s.

Destitution. Tuteur, 1863. Père administrateur légal, 1722. Titulaire d'un office, 2541.

Désuétude. 231-232.

Détention. Voy. **Incarcération, Possession précaire.**

Dette alimentaire. Voy. **Aliments,** OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Directoire. Son rôle en législation, 72-74. Création de la transcription, 2606.

Dispenses. — d'âge, 707. — pour cause de parenté, 730. — de publications, 797.

Dispositions à titre gratuit. Théorie générale, voy. t. III. — interdites au tuteur, 1906-1908. Voy. cependant 2096. Capacité de l'enfant reconnu pendant le mariage, 1500. Voy. **Donation, Legs.**

Dispositions transitoires. 263.

Divorce. GÉNÉRALITÉS. Bibliographie, 1130. Histoire de la législation, 1132, s. Examen du principe, 1140, s. Statistique, 1146. — pour cause déterminée, 1148 et 1157. — par consentement mutuel, 1151. Causes de —, 1157, s. Demandes en —, 1176. A qui appartient l'action, 1179. Compétence, 1186. Formalités préliminaires, 1192. Tentative de conciliation, 1194. Procédure, 1200. Possibilité d'un sursis ou délai d'épreuve, 1201. Fins de non-recevoir, 1202. Réciprocité des torts, 1205. Preuve, 1211. Voies de recours, 1218. Publicité du jugement, 1226. Transcription à l'état civil, 1229. Mesures provisoires pendant l'instance, 1239. Fraudes à craindre de la part du mari, 1251. Effets du —, 1253. Indemnité, 1148, en note. Obligation alimentaire, 1258. Déchéances, 1265. Garde des enfants, 1275. Remariage des époux divorcés, 1284. Réconciliation, 1208. Voy. **Conversion.**

SPÉCIALITÉS. Consentement au mariage des enfants, 749. Obstacle au mariage, 735, 737 et 1028. Action en nullité de mariage, 1037. Désaveu, 1447. Effets du — sur la puissance paternelle, 1759. Jouissance légale, 1704-3°. Administration légale, 1724. Nom de la femme, 395. Époux interdit, 2097. Rétroactivité des lois, 260-2°. Légitimation de l'enfant adultérin, 1553.

Doctrine. Ancienne, 52, s. Moderne, 127, s.; 200-201.

Dol. Généralités, 281, s. Nullités de mariage, 1057 et 1083. — du tuteur, 1852.

Domaine. DOMAINE CONGÉABLE. Loi de 1791, 82, en note. Notion sommaire, 2528 et 2738. Redevance convenancière, 3004. Édifices et superfices, 2243. Transcription.

2618, en note. Pour la théorie générale, voy. t. II.

Domaine direct et domaine utile. Distinction, 67. Origine, 2326. Suppression, 67 et 2327.

Domaine public et domaine privé. Distinction, 3059, s. Inaliénabilité et imprescriptibilité du — public, 3065 et 3068. Composition du — public, 3069, s. Composition du — privé, 3080, s. Servitudes, 2881 et 2884. Concessions sur le — public, 3091, s. Délimitation des rivages de la mer et des fleuves, 2444-2°, 3070 et 3073. Possession, 2265. Voy. **Mer, Rivière.**

Domat. 53. Ses idées sur le domicile d'origine, 595. Voy. aussi t. II.

Domestique. Domicile légal, 583. Témoins dans les affaires du divorce, 1212.

Domicile. Théorie générale, 554, s. — réel, 555. Fixation, 565, s. — légal, 570, s. Changement, 590, s. — d'origine, 595. Personnes sans —, 596. Unité du —, 597-598. — politique, 557. — de secours, 557. — élu, 599 et 3048. — des personnes fictives, 3047, s. — de la tutelle, 1768, 1769 et 1774-1776. Rôle du — dans les conflits de lois, 186-3°, 191, 192 et 196. — matrimonial, 852-853. Fixation du — conjugal par le mari, 921-5°. Compétence en matière de divorce, 1188-1190. — séparé des époux après la séparation de corps, 1314.

Donation. Théorie générale, voy. t. III. Nullité des — faites par une femme mariée non autorisée, 987. — en vue de mariage, 1114.

Donation de biens a venir. Notion sommaire, 638-2° et 2742, en note.

Donation entre époux. Théorie générale, voy. t. III. Effet du divorce, 1268, s. Effet du mariage putatif, 1114.

Donation entre vifs. Transcription des —, 2625, s. Clauses d'inaliénabilité, 2344 et 2345. — sous condition de survie, 2654. — d'usufruit, 2754. — de servitude, 2942. — interdite au tuteur, 1906. — faite au nom d'un interdit, 2096, s. — par un prodigue, 2140, en note. — faite par le mineur au tuteur, 1976. Acceptation par le tuteur, 1924; par les ascendants, 1926; par un mineur émancipé, 2020. Voy. **Présents d'usage.**

Dot. Enfants de l'interdit, 2096. Refus d'action à l'enfant, 1727.

Drainage. 2924 et 2925.

Dramard. 134.

Droit. Étymologie, 1. Définition, 2. Classification, 18 à 31.

Droit ancien. 35, s. Bibliographie, 34. Abrogation, 82.

Droit canonique. 46, 47 et 88. Conception du mariage, 694. Pouvoir de l'Église sur la législation du mariage, 700. Répression de l'adultère, 734. Mariage des mineurs, 745. Fiançailles, 785. Solennité du mariage, 839. Consommation du mariage, 849. Réhabilitation des mariages nuls, 1049, note. Erreur sur la personne, 1063, en note. Mariage putatif, 1094. Secondes noces, 1122. Suppression du divorce, 1133. Séparation de corps, 1291. Réintégrande, 2205-1°. Mauvaise foi dans l'usucapion, 2669. Légitimation, 1550.

Droit civil. 24. Variation du sens, 25.

Droit commercial. 37.

Droit coutumier. Ancien, 11; moderne, 14. Source du Code civil, 88-89. Voy. **Coutumes.**

Droit écrit. 12, 15. Voy. **Pays de droit écrit.**

Droit français moderne. Son développement, 100.

Droit intermédiaire. 60, s. et 88.

Droit international. 31. Voy. aussi 82-1°, 181, s., 195, s.

Droit naturel. 5-7. Bibliographie, 8.

Droit pénal. 22.

Droit positif. 4.

Droit privé. 23, s.

Droit public. 19, s. et 257.

Droit romain. 88 et 224 en note. Voy. Droit écrit.

Droits. (Facultés reconnues par la loi). Généralités. — acquis, 241 et 255, en note. — politiques, 425 et 2151-1°. — des femmes, 1624. — immobiliers, 2230, s. Distinction de la jouissance et de l'exercice, 431. — patrimoniaux, 2150-2151. — primordiaux, 2151-3° en note et 2161. — éventuels, 2655.

— *réels* : notion, 2158, s. et 2928, en note; comparaison avec les droits de créance, 2163, s.; étymologie, 2162. Jus in re, 2166. — mobiliers, 2245. s.; immobiliers, 2231, s.

— *personnels* : notion, 2157. — *de créance* : notion, 2154 et 2157; voy. aussi 2152; comparaison avec les droits réels, 2163, s.; nature mobilière et immobilière, 2232, s.

Spécialités. — de jouissance, 2745, s. — éventuels, 2655. — d'auteur, 2543, s. — féodaux, 62, 67 et 2327; voy. aussi 2928, en note; leur suppression, 2327, — de suite et — de préférence, 2165. — de présentation, 2537 et 2540-2541. — de prise, 2582. — de garde, 1660, s. et 1730. — de correction, 1664, s. et 1879. Déchéance des — d'auteur, 1327.

Droits (Taxes). Voy. **Enregistrement, Mutation.**

Dumoulin. 53 et 185. Voy. aussi t. II et III.

Duvergier. Collection des lois, 120.

Eaux. Droits des propriétaires fonciers, 2409, s. — pluviales, 2411 ; de source, 2412, s. ; des étangs, 2415, des fleuves et rivières, 2416 et 2428. Règlements, 2423, s. Servitude d'écoulement, 2901, s. — nuisibles, 2924. Voy. **Étang, Mer, Rivière.**

Économie politique. 33.

Écrits. Voy. **Acte, Date, Enregistrement, Preuve.**

Édifices. Caractère immobilier, 2207, s. — du domaine public, 3078 et 3083. — et superfices dans le domaine congéable, 2243. Voy. **Bâtiments, Maison.**

Édit. — de Nantes, 845. — des secondes noces, 1124 — de 1787, 846.

Éducation. Voy. **Enfant.**

Effets mobiliers. Voy. **Meubles.**

Église catholique. Séparation de l'— et de l'État, 850, 1003, 1029, 3027. Voy. **Clergé, Culte, Droit canonique, Séparation.**

Églises. Domanialité, 3078-3°. Immeubles par destination, 2224.

Égout. Servitude, 2895. Égout des toits, 2911.

Élection de domicile. Généralités, 599, s. Opposition à mariage, 818.

Émancipation. Définition et utilité, 1983. Origine, 1984. — expresse, 1986, s. Conditions, 1986. Formes, 1991. — tacite, 1994. Capacité du mineur émancipé, 1999, s. Curatelle, 2009. Révocation, 2031, s. Irrévocabilité de l' — tacite, 2032. — tacite dans l'ancien droit, 1637 et 1994. — d'un mineur en tutelle, 1881.

Empêchement de mariage. Règles générales, 998. — dirimants et — prohibitifs, 1000. Liste des — prohibitifs, 1001, s. Voy. aussi 1028. Fiançailles, 785. Effet d'une opposition, 823.

Emphytéose. Définition, 2990. Voy. aussi 2745. Bibliographie, 2989. Caractères, 2994. Transcription, 2994. Possession précaire, 2313. Biens de mineurs, 1921.

Emploi. Capitaux d'un mineur, 1897 et 2022.

Emprunt. Pour le compte d'un pupille, 1930 ; par un prodigue ou un faible d'esprit, 2129.

Enclave. 2920.

Enclos. Mitoyenneté, 2510.

Enfant. Généralités. — non viable, 368, 369 et 1426. Personnalité de l'enfant conçu, 367, s. Déclaration de la naissance, 488, s. Nom, 383-385. Entretien, 1680, s. Éducation, 1657, s. Garde, 1660, s. Correction, 1664, s. Correspondance, 1663. Instruction obligatoire, 1658-1° et 1680. Nourriture, 1682 et 1701. — employé dans les professions ambulantes, 1729 et 1734 ; dans l'industrie, 1619 et 1729. — moralement abandonné, 1734, en note, et 1737-7°. — de l'interdit, 2096. Garde des — pendant l'instance en divorce, 1250 ; après le divorce, 1276. Voy. **Abandon, Administration légale, Désaveu, Établissement, Filiation, Grossesse, Légitimité, Mère, Mineur,** Obligation alimentaire, **Puissance paternelle.**

Enfant adoptif. Condition générale, 1599. Nom, 1601. Aliments, 1603 et 663. Voy. **Adoption.**

Enfant adultérin. Reconnaissance volontaire, 1482, s. Prohibition de la recherche en justice, 1538, s. Cas où sa filiation est certaine, 1541. Légitimation, 1552, 1553 et 1559. Aliments, 664, 687-1°.

Enfant assisté. Réception à l'hospice et revendication, 1662. Tutelle, 1766 et 1818 ; voy. aussi 1848. Conseil de famille, 1782. Curatelle, 2015. Mariage, 763.

Enfant illégitime. 1365 et 1416. Voy. Enfant naturel.

Enfant incestueux. Légitimation, 1553. Pour le surplus, voy. Enfant adultérin.

Enfant légitime. Nom, 383. Domicile, 572. Droits, 1367. Présomption de paternité, 1411, s. Légitimité de l'enfant conçu avant le mariage et né depuis, 1366 et 1558-1559. Attribution de la tutelle, 1803. Consentement au mariage, 747. Voy. **Administration légale, Jouissance légale, Légitimité, Puissance paternelle.**

Enfant mort-né. Personnalité, 368 et 369. État civil, 495.

Enfant naturel. Nom, 384. Publicité des actes de naissance, 476, 477. Domicile, 573. Aliments, 664-666 et 1530. Condition générale, 1368. Reconnaissance, 1464, s. Adoption, 1582. Puissance paternelle, 1648, s. Jouissance légale, 1689. Administration légale, 1708. Tutelle, 1762, s., 1816-1817. Conseil de famille, 1781. Émancipation, 1988. Consentement à son mariage, 798, s. Reconnaissance pendant le mariage, 1495, s. Recherche de filiation, 1505, s.

Enfant posthume. Tutelle, 1757.

Enfant trouvé. Nom, 385. État civil, 496. Voy. Enfant assisté.

Engagement militaire. Age, 1619. Mineur en tutelle, 1619, 1726 et 1881. Mineur émancipé, 1999. Noms de guerre, 407.

Enlèvement. Recherche de paternité, 1525.

Enquête. Audition des témoins, 2054, 1395 et 1513.

Enregistrement. Théorie générale, voy. t. II. Notion sommaire, 356, en note. Tutelle des indigents, 1754. — des ordonnances par les Parlements, 48. Voy. **Mutation.**

Entrepreneur. Caractère commercial de l'entreprise de constructions, 2232.

Envoi en possession. Biens d'un absent, 633. Pour plus de détails, voir t. III.

Épaves. 2583, s.; comp. 2188. Règlements municipaux, 2588. Voy. **Titres au porteur.**

Époux. Devoirs réciproques, 889, s. Adultère, 898, s. Obligation alimentaire, 904. — demandant la nullité de leur mariage, 1035, 1074, 1079, s. Mariage putatif, 1095. Transcription du divorce, 1237. Remariage des époux divorcés, 1284, s. Prescription entre —, 2702. Voy. **Adultère, Divorce.**

Équivoque. Vice de la possession, 2284.

Erreur. Généralités, 279 et 280. — destructive de la volonté, 273-2°. Nullité de mariage, 1061, s.; 1066, s. Mariage putatif. 1100.

Esclave. 260-6° et 364.

Espace aérien. Propriété de l'—, 2329.

Espagne. Transfert conventionnel de la propriété, 2599. Transcription, 2623 et 2637. Dissolution des associations, 3056. Sanction de la puissance paternelle, 1665, en note. Ouverture de la tutelle, 1756. Légitimation par rescrit, 1551. Adoption, 1571. Possession d'état des enfants naturels, 1548.

Estimation. Cas où elle vaut vente, 2808-4°.

Établissement d'un enfant. Règles générales, 1725-1727. Refus d'action en justice, 1727. Enfant de l'interdit, 2096.

Établissements d'utilité publique. Définition et création, 3035 3040. Extinction, 3052, s. Spécialité, voy. t. III.

Établissements publics. Définition, 3022 et 3025. Énumération, 3025. Extinction, 3054. Voy. PERSONNES FICTIVES.

Étages. Division d'une maison par —, 2522.

Étang. Eaux, 2415. Poissons, 2220-4° et 2575. Fixité des limites, 2719. Dessèchement, 2336-3°. — salés, 3076.

État. (Civitas). Personnalité, 3023. Voy. **Déshérence, Domaine public, Forêt, Iles, Mines.**

État. (Status personarum). Théorie générale, 419, s. Possession d' —, 433, s. Conséquences de l' —, 429. L'— n'est pas dans le commerce, 292-1° Action d'—, 433, s. Chose jugée, 440, s. Voy. **Filiation, Incapacité, Légitimité, Mineur.**

État civil. Officiers, 463. Registres, 459, s., 462 et 469, s. Témoins, 482. Opposition à mariage, 816. Célébration du mariage, 849. Transcription des divorces, 1229. Voy. ACTE DE L'ÉTAT CIVIL.

États de situation. En matière de tutelle, 1960.

Étrangers. — en France, 182 et 187 à 198. Voy. aussi 91-2°. — divorcés, 719, en note. Mariage des — en France, 864. Voy. **Français.**

Examen à futur. 1461, en note.

Exception. — de chose jugée, 361. — préjudicielle en matière de filiation, 1406. — de jeu, 245 et 252.

Exclusion. Tutelle, 1844, s. Conseil de famille, 1783.

Excuses. Tutelle, 1836, s.

Exhérédation. Sanction de la puissance paternelle, 1665-2°.

Exponse. 3004.

Expropriation. Théorie générale, 2438, s. Manière d'acquérir, 2803. — au cas d'usufruit, 2806 et 2844. — du bien d'un mineur, 1920-1°.

Extrait. — des registres de l'état civil, 477 et 516.

Facultés (Droits). Imprescriptibilité des —, 2167, s. Actes de pure —, 2957; comp. 2372. Voy. **Tolérance.**

Facultés (Établissements publics). Personnalité, 3025.

Faible d'esprit. 2110, s.

Faillite. Hypothèque légale, 2624.

Famille. Définition, 638. Bibliographie, 637. Notions générales, 639, s. Voy. **Alliance, Enfant, Filiation, Parenté.**

Faux en écriture. 519, en note.

Féminisme. 1624. Voy. aussi 923, 930 et 948. Bibliographie, 925.

Femme. GÉNÉRALITÉS. Incapacité, 428, 1620, s. — avocat, 1625. Témoin dans les actes, 1624. Adoption, 1572. Exclue des tutelles légales, 1809. Admission aux tutelles

datives, 1843, et aux conseils de famille, 1783-3°. Mère tutrice, 1803. Voy. aussi 2094.

FEMME COMMERÇANTE. Domicile, 579 et 598. Nom, 395, en note. Capacité, 946. Autorisation pour faire le commerce, 956, 969 et 982.

FEMME MARIÉE. Nom, 390, s. Émancipation par le mariage, 1995. Domicile, 575, 580 et 587. Obligation d'habiter avec le mari, 893, s. Soumission à la puissance maritale, 920. Adultère, 1159. Peine de l'adultère, 900. Saisie des salaires, 906. Puissance maritale, 919. Correspondance, 920-4°. Incapacité de la —, 925, s. Actes annulables, 933. Action en nullité, 987. Exercice des actions en justice, 936 et 942. Actes de puissance paternelle, 937. Testament, 938. Actes conservatoires, 939. Obligations délictuelles, 940. Dépôts dans les caisses d'épargne, 943. Salaires, 948. Extensions exceptionnelles de sa capacité, 944, s. Autorisation maritale, 951. Engagement théâtral, 969-2°. — mineure, 984. Nullité des actes non autorisés, 987. Cas de mariage putatif, 1116. Action en divorce, 1181. Résidence séparée pendant l'instance, 1245. Nombre des demandes de séparation de corps, 1303. Suspension de prescription, 2702. Tutrice de son mari interdit, 2094. Conseil judiciaire de la —, 2115. Conseil de tutelle, 1804-2° **Divorce, Époux, Mari, Puissance maritale.**

FEMME SÉPARÉE DE CORPS. Nom, 396 et 1325. Domicile, 577. Capacité, 1321, s. Déchéances, 1326. Légitimation d'enfants adultérins, 1553. Voy. **Séparation de corps.**

FEMME SÉPARÉE DE BIENS. Capacité, 945. Voy. aussi t. III.

Fenet. 83.

Féodalité. Suppression, 62 et 2327, s. Voy. **Chasse,** DOMAINE DIRECT, DROITS FÉODAUX, **Servitudes.**

Fermages. Fruits civils, 2782 et 2787.

Fiançailles. Bibliographie, 781. Histoire, 783. Droit actuel, 788. Empêchement d'honnêteté publique, 739.

Filiation. Définition, 1363. Éléments, 1364. Filiation naturelle, 1365 et 1371. Preuves, 1372, s. Actions relatives à la —, 435, 1400, 1459. Voy. **Accouchement, Enfant, Maternité, Paternité, Possession d'état, Preuve.**

Fins de non-recevoir. Nullités de mariage, 1077-1083. Demandes en divorce, 1202.

Fleuve. Voy. **Rivière.**

Folie. Voy. **Aliéné, Démence.**

Fonctionnaires. Domicile, 588 et 589. Tutelle, 1839-1° et 2°.

Fondations. 3030 et 2344, en note.

Fonds. FONDS DE COMMERCE. Meuble incorporel, 2247. Usufruit, 2808-3°. Publicité de la vente, 2601. Achat à titre d'établissement, 1725 et 2096. Vente, 14-2° et 2102.

FONDS DE TERRE. Caractère immobilier, 2203. Servitudes, 2881. Fonds servant et fonds dominant, 2882.

Fongibilité. 2181.

Force probante. Actes authentiques, 355. Actes de l'état civil, 518.

Force publique. Sanction du devoir de cohabitation, 894.

Forêt. — de l'État, 3081. **Voy. Bois, Usage.**

Fortifications. Domanialité, 3077. Servitudes, 2907-1°.

Fournel. Traité de la séduction, 1523.

Fossé. Mitoyenneté, 2509-2511.

Fosse d'aisances. Distance à observer, 2912.

Fou. Voy. **Aliéné.**

Four. Distance à observer, 2912.

Fournitures. Achats par une femme mariée, 958 et 981.

Frais. Mainlevée d'opposition à mariage, 832. Conversion de la séparation en divorce, 1356.

Français. — à l'étranger : capacité, 190 ; actes juridiques, 194 ; actes de l'état civil, 549, s. ; mariage, 863, 1022. Qualité de — nécessaire pour adopter, 1575-4°. Voy. **Nationalité.**

Fraude. Renonciation à prescription 2716. Renonciation à un usufruit, 2848.

Fruits. Définition, 2296 et 2779. Classification, 2780, s. Attribution au propriétaire, 2288 et 2289. Acquisition par le possesseur, 2299, s. Restitution en cas de résolution, 2361 ; en cas de revendication, 2456. Droits de l'usufruitier, 2778, 2784, s. Droits de l'usager, 2872. Fruits civils, 2780, 2782, 2786.

Funérailles. Généralités. Voy. t. III. Frais funéraires, 1701-3° Voy. **Cimetière.**

Fureur. Cause d'interdiction, 2039 et 2045.

Futaie. 2792 et 2793. Voy. **Bois.**

Gains. Femme commune en biens, 948.

GAINS DE SURVIE. Déchéance à la suite du divorce, 1268 et 1271.

Garde. Droit de —, 1660, s. et 1730. — noble et bourgeoise, 1688, en note, et 1706,

en note. — des enfants en cas de divorce, 1250 et 1276. Voy. **Puissance paternelle.**

Gaulmin. Mariage à la Gaulmine, 843.

Genre. Définition, 2164.

Gény. Méthode d'interprétation des lois, 224, en note.

Gibier. Chose sans maître, 2188. Acquisition, 2569, s.

Gide (Paul). Condition de l'enfant naturel, 698, en note. Opinion sur le concubinatus romain, 698.

Gierke (O.). Sa théorie de la personnalité morale, 3014.

Glaces. Nature immobilière, 2228.

Glasson. Définition du mariage, 694. Condition de la femme mariée, 924. Rapport sur le prix du budget, 325.

Goémon. 2577. Comp. 2189.

Greffe. Objets abandonnés, 2584.

Gretna-Green. Mariages de —, 844.

Grossesse. Durée, 1376, s. Déclarations de —, 1468, en note. Effet en cas de mariage nul pour impuberté, 1049, 1053. Voy. **Accouchement, Enfant.**

Grotius. Transfert de la propriété, 2594.

Grottes. Propriété, 2391, note.

Grundbuch. 2642.

Guerre. Pillage et conquête, 2581-2582. Suspension de la prescription, 2904. Mise en vigueur des lois, 237. Noms de guerre, 407. — de 1914, 117 *bis*, 726, 858.

Guyot. Répertoire, 53 *in fine* et 132, en note.

Habitation. Droit réel, 2874. Voy. **Résidence.**

Haie. Mitoyenneté, 2511.

Halage. Voy. **Chemin.**

Haute-Cour. Projet de création, 156.

Héberge. 2510, en note.

Henri II. Mariage de sa fille naturelle, 746, en note.

Héritage. Sens du mot, 2192 et 2199.

Héritier. — apparent, 2295. — bénéficiaire, 2702. Voy. **Ayant cause, Désaveu, Succession.**

Histoire du droit. 32.

Hoirie. 2096, en note.

Homologation. Adoption, 1594. Délibérations du conseil de famille, 1794, s. et 1964.

Hospice. Personnalité, 3025. Commissions hospitalières, 2105. Comp. 1862. Constatation des décès, 505. Voy. **Aliéné, Asile,** ENFANT ASSISTÉ.

Hôtellerie. Mobilier, 2222. Objets abandonnés, 2584-5°.

Houille blanche. 2421.

Hypothèque. GÉNÉRALITÉS. Théorie générale, voy. t. II. — consentie par l'usufruitier, 2809 ; par l'emphytéote, 2994. — sur les rentes foncières, 2998 et 3001 ; sur les chemins de fer, 3094 ; sur les canaux, 3095. Voy. **Transcription.**

HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE. Sur les biens d'un mineur, 1921-2° ; comp. 1714-1715. Sur les biens d'un prodigue ou d'un faible d'esprit, 2123 et 2128.

HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR ET DE L'INTERDIT. Manque sur les biens du père administrateur, 1711-3°. Existe sur les biens du cotuteur, 1827, et du protuteur, 1830. Administrateur provisoire de l'aliéné interné, 2103.

HYPOTHÈQUE DE LA FEMME MARIÉE. Cas du mariage putatif, 1117.

Iles et îlots. Accession, 2720.

Immeubles. Définition, 2191. Distinction des meubles et des —, 2193, s. Diverses sortes d'—, 2201. — par nature, 2202, s. — par destination, 2210, s. — par déclaration, 2234, s. — par l'objet auquel ils s'appliquent, 2230, s. Occupation des —, 2566. Aliénation des — appartenant à des mineurs en tutelle, 1918, s. Immeubles insalubres, 2334. Voy. **Constructions, Mineur, Revendication, Servitude, Transcription, Tuteur, Vente.**

Immobilisation. — des matériaux de construction, 2240 ; d'un meuble par destination, 2215, s. ; d'actions par déclaration, 2235.

Impenses. Revendication, 2457. Constructeur de bonne foi, 2726 ; constructeur de mauvaise foi, 2727, s. Voy. **Améliorations, Constructions, Possesseur.**

Imprescriptibilité. État des personnes, 436-1°. Nom des personnes, 402, s. Facultés imprescriptibles, 2168. Droits éventuels, 2655. Droits conditionnels, 2654. Biens hors du commerce, 2648. Actions en réclamation et en contestation d'état, 436-1°, 1401 et 1492. Domaine public, 3065 et 3068. Voy. **Inaliénabilité, Non-usage.**

Impuberté. 704, s. Nullité du mariage, 1012. Réhabilitation du mariage, 1048.

Impuissance. Questions relatives au mariage, 711-712 et 1030. Désaveu, 1431 et 1433. Paternité naturelle, 1528. Voy. **Impuberté.**

Inaliénabilité. Théorie générale, 2340, s. ; comp. 2339. Clauses d'—, 2343, s. Bibliographie, 2348. — du domaine public, 3065, 3068, s. Voy. **Incessibilité, Insaisissabilité.**

Inamovibilité. Origine, 2533. Domicile, 589.

Incapacité. Double sens du mot, 1610. Théorie générale, 1610, s. et 1626, s. — des mineurs, 1615 et 1634 ; des femmes, 1620, s. Protection des incapables, 1626, s. Nullité de leurs actes, 340 et 1630, s. Incapacité dérivant de la parenté, 650. Voy. **Aliéné, Femme, Mineur, Prodigue.**

Incarcération. — des enfants, 1666, s.

Incessibilité. Usages, 2873. Habitation, 2874. Pensions alimentaires, 689. Jouissance légale, 1699. Voy. **Inaliénabilité.**

Inceste. 722, s. Nullité du mariage, 1013.

Incompétence. Citation devant un juge incompétent, 2690. Voy. **Notaire, Officier public, Tribunaux.**

Indemnité. Rupture de mariage, 789. Divorce, 1253 et 1148, en note. Expropriation, 2442 et 2443. Droit de l'usufruitier, 2844. Surcharge d'un mur mitoyen, 2511. Voy. **Assurance, Constructions.**

Indices. En matière de filiation légitime, 1397-1398 ; de filiation naturelle, 1515.

Indigents. Mariage des —, 834. Tutelle, 1754.

Indignité. Notion sommaire, 1696. Voy. aussi 678.

Indivisibilité. État des personnes, 444. Servitudes, 2890 et 2987. Pensions alimentaires, 685. Mines concédées, 2404.

Indivision. Théorie générale, 2497, s. — forcée, 2501 et 2940. En matière de servitudes, 2987, s. Comp. 2969 et 2870. Convention d'indivision, 1941-1°. Voy. **Partage.**

Industrie. Immobilisation par destination, 2221. Servitudes, 2934.

Infirmité. Excuses de la tutelle, 1839-6°. Interdiction, 2040. Conseil judiciaire, 2111.

Injures. Cause de divorce et de séparation de corps, 1157 et 1166-1168. Voy. aussi 896.

Insaisissabilité. Pensions alimentaires, 688. Jouissance légale, 1699. Clauses d'—, 2346, en note. Voy. aussi t. II, 184 B.

Insanité. Voy. **Démence.**

Inscription de faux. 355.

Inscription hypothécaire. Généralités, voy. t. II. Conflit avec une transcription, 2619.

Insinuation. 2626, s.

Institut de France. Personnalité, 3025.

Instruction. — obligatoire, 1680 et 1658, en note.

Interdiction. INTERDICTION JUDICIAIRE. Définition, 2038. Théorie générale, 2039-2061, 2078-2085 et 2088-2099. Utilité, 2078. Causes, 2039, s. Demande, 2043, s. Publicité, 2058. Effets, 2079, s. et 2091, s. Actes antérieurs à l'—, 2085. Mainlevée, 2098, s. Ancienne — des prodigues, 2113. Voy. **Interdit.**

INTERDICTION LÉGALE. Nullité des actes de l'interdit, 1630 et 2662. Voy. aussi 2083, en note.

Interdit. Incapacité, 2079-2085. Domicile, 578 et 580. s. Suspension de prescription, 2702. Mariage, 710 et 2079. Autorisation de la femme de l'—, 965. Action en divorce, 1180-3° et 1183. Séparation de corps, 1304. Désaveu, 2097 et 1423.

Intérêt (Part d'associé). 2257.

Intérêt (Revenu). Liberté du taux, 245 et 252.

Internement. Voy. **Aliéné.**

Interprétation des lois. — doctrinale, 200 ; judiciaire, 202 ; législative, 208. Règles, 215, s. Bibliographie, 224, en note, 225.

Interruption de prescription. Possession interrompue, 2276. Théorie générale, 2679, s. — naturelle, 2680 ; civile, 2684, s. — en matière de servitudes, 2986.

Interversion de titre. Possesseur précaire, 2319, s.

Inventaire. Usufruitier, 2764, s. Tuteur, 1855-1° et 1933, s. Non-présent, 636.

Invention. — des épaves, 2583, s. — industrielle, 2550.

Irrigation. Servitudes, 2924, s. Canaux d'—, 2330.

Isambert. Recueil des ordonnances, 50.

Israélites. Nom, 386.

Italie. Code Napoléon, 138-139. État actuel de la législation, 143. Mariage religieux, 850. Incapacité de la femme mariée, 929. Nullités de mariage, 1065. Suppression du divorce, 1139. Ouverture de la tutelle, 1756. Domicile de la tutelle, 1776. Obligation alimentaire des collatéraux, 661. Légitimation par rescrit, 1551. Adoption, 1571. Condition résolutoire, 2354. Transcription, 2622 et 2637.

Ivresse. Suppression de la volonté, 273.

Ivrognerie. Déchéance de la puissance

paternelle, 1737-7°. Interdiction, 2040. Conseil judiciaire, 2111.

Japiot. Nullités, 333.

Japon. Son Code civil, 143.

Jouissance. DROIT DE JOUISSANCE. — personnels et réels, 2745, s. Voy. **Usufruit.**
JOUISSANCE DES DROITS. 431.
JOUISSANCE LÉGALE. Théorie générale, 1688, s. Caractères, 1698-1699. Biens soumis à la —, 1693, s. Ses charges, 1700. Combinaison avec la tutelle, 1946. Effet du divorce, 1281. Droit des parents naturels, 1689.

Jour férié. Achèvement de la prescription, 2657.

Jour (Servitude). 2913.

Journal officiel. 218, en note. Publication des lois, 170, s.

Journaux. Procès en divorce, 1201.

Juge. Voy. **Tribunaux.**

Juge de paix. Généralités, 203. Compétence en matière d'actions possessoires, 2303 ; de bornage, 2379 ; de servitudes, 2925 ; de pension alimentaire, 677 ; d'adoption, 1593 ; d'émancipation, 1993. Formation des conseils de famille, 1780 ; convocations, 1786 ; présidence, 1778 ; voix prépondérante, 1792. Émancipation, 1992. Tutelle officieuse, 1609. Légalisation, 478. Jurisprudence, 2914. Cahier des — de Paris, 14, en note.

Jugement. — déclaratif de décès, 507, s. et 614-2° ; en Allemagne, 616. — rendu contre une femme mariée non autorisée, 993. Transcription des — d'adjudication, 2612 et 2614 ; des — de résolution, 2356 et 2613, s. Caractère tantôt déclaratif et tantôt translatif des —, 2612 et 2613 ; comp. 2660 et 2081. Voy. **Autorité de la chose jugée.**

Juridiction. — gracieuse, 532, note. Voyez aussi t. II.

Jurisconsultes. Anciens, 53 ; modernes, 130 et 131.

Jurisprudence. Source du droit coutumier, 14-3°. Son rôle et ses caractères, 122, 123. Sa fixité habituelle, 224. Bibliographie, 126 et 54 *in fine*. Voy. **Cour de cassation.**
CAS REMARQUABLES. 1° *Mariage.* Mariage des prêtres, 741 et 1003. Nullités de mariage, 994 et 996. Pouvoir d'appréciation sur les mariages clandestins, 1021 et 1026. Erreur sur la personne, 1063. Autorité du jugement sur la nullité du mariage, 1087-1089. Mariages putatifs, 1101 et 1105. Appréciation des causes de divorce, 1158, 1167 et 1168.
2° *Filiation.* Maternité naturelle, 1467 ; paternité naturelle, 1524, 1536 ; rôle de la possession d'état, 1542-1546 ; légitimation des enfants incestueux, 1553 ; adoption des enfants naturels, 1582.
3° *Incapables.* Incarcération des mineurs, 1669 ; administration légale, 1714 ; contrôle et déchéance de la puissance paternelle, 1728, 1730, 1746, 1748. Nomination d'un conseil judiciaire, 2111 ; incapacité du prodigue ou du faible d'esprit, 2123 et 2131, s. ; rôle du conseil judiciaire, 2146 ; pouvoirs du tuteur de l'interdit, 2096-2097.
4° *Droits réels.* Inaliénabilité conventionnelle, 2343 à 2347 ; suspension de prescription, 2701 ; constructions élevées par un usufruitier, 2870 ; acquisition par prescription des servitudes discontinues, 2950 ; emphytéose, 2993 ; usage des sources, 2959 ; actions possessoires, 2307. Voy. **Tribunaux.**

Juste titre. 2660, s.

Justice. Voy. **Tribunaux.**

Klimrath. Carte des coutumes, 40.

Lais et Relais. Domanialité, 3082. Accession, 2719.

Lamoignon. 57.

Lapins. Caractère immobilier, 2240-4°. Accession, 2718.

Larmier. 2509.

Laurent. 131. Avant-projet pour la revision du Code civil en Belgique, 143.

Laurière. 53. Collection des ordonnances des rois de France, 50.

Lavoir. Meubles, 2239. Servitude discontinue, 2895. Voy. aussi 2950.

Légalisation. Actes de l'état civil, 478.

Légataire. Dispense de transcription, 2613 et 2618-2°. — d'usufruit universel, 2750. Envoi en possession en cas d'absence du testateur, 622. Bonne foi, 2669. Voy. **Legs.**

Législation coloniale. 30. Voy. **Colonies.**

Législation industrielle. 28. Voy. **Industrie.**

Législation rurale. 29. Voy. **Agriculture.**

Légitimation. Définition, 1549. Histoire, 1550. Utilité, 1551. Enfants pouvant être légitimés, 1552, s. Conditions de la —, 1555, s. Formes, 1564. Effets, 1566, s. Mariage putatif, 1109.

Légitimité. 1365 et 1380, s. Preuve, 1375, s. — de l'enfant né depuis le mariage et conçu avant, 1366 et 1417. — de l'enfant

né après la dissolution du mariage, 1416. Contestation de —, 1379, s. Voy. aussi 1416-1419.

Legs. Manière d'acquérir, 2742. Acceptation du — fait au pupille, 1925. Voy. **Légataire.**

Le Play. 1642 et 1665.

Lésion. Généralités, 284. Éprouvée par un mineur, 1634.

Lettre missive. Généralités, 2551 à 2556. Adressée à un mineur, 1663-2°. Correspondance des femmes mariées, 920-4°. Production dans les instances en divorce, 1211.

Lettres royaux. Incapacité velléienne des femmes, 1621. Légitimation, 1550.

Licitation. Bien de mineur, 1920-2°.

Ligne. Parenté, 644, s. Conseil de famille, 1779. Subrogée tutelle, 1871-1872.

Lit des cours d'eau. Petites rivières, 2189, 2387 et 2419. Changement de lit, 2417, 2719-4° et 2905.

Livres. Livres domestiques. Suppléant aux actes de l'état civil, 540. Preuve de la filiation, 1396.
Livres fonciers. 2635. Systèmes allemands, 2599 et 2642, s. Voy. **Torrens.**

Lizet. Son rôle dans la rédaction de la coutume du Berry, 42.

Locataire. Transcription, 2617 et 2618. Possesseur précaire, 2313. Bornage, 2373. Immeubles par destination, 2216. Permission de bâtir, 2528. Voy. **Bail, Loyer, Précarité.**

Locré. 83.

Loi judiciaire. 224. Règles, 209, s.

Loi. Généralités. Étymologie, p. 5, note 1. Définition et caractères, 144 à 148. Variétés et hiérarchie, 149 à 159. Vote, 160 à 162. Promulgation, 163 à 175. Publication, 167. Date, 178. Application territoriale, 180 à 182. Interprétation, 199 à 224. Abrogation, 226 à 230. Désuétude, 231 et 232. Durée, 234. Rétroactivité, 240, s. Vices du procédé législatif moderne, 119. Collections, 120.
Spécialités. Lois postérieures au Code, 101, s. Manière d'acquérir, 2743. Lois interprétatives, 208, s. ; 251. Effet de la — militaire sur le mariage, 706, en note. — Julia de adulteriis coercendis, 734. Voy. **Ordre public.**

Loisel. 53.

Lot. Droit de l'usufruitier, 2797.

Louage. Acte d'administration, 2338. Voy. **Bail, Emphytéose, Locataire, Loyer.**
Louage de travail. Capacité de la femme mariée, 957.

Loyer. — d'avance, 1889, 2002, en note.

Loynes (P. de). 131.

Mainlevée. Interdiction, 2098, s. Conseil judiciaire, 2142. Opposition, 825.

Mainmorte. Biens de —, 3031 et 3037. Voy. aussi 3097-5°.

Maire. Pouvoir réglementaire, 152. État civil, 463. Règlements d'eaux, 2425. Fixation de l'heure des mariages, 856.

Maison. Division par étages, 2522, s. Voy. **Bâtiments, Édifice.**

Majorats. Suppression, 2624. Voy. aussi 2235, 2342 et 2648.

Majorité. Notions générales, 1615 à 1619. Rétroactivité des lois, 270-4°. — matrimoniale, 744, 757 et 762. Voy. **Mineur.**

Maladie. Causes de divorce, 1169-3°. Frais de dernière —, 1701-3°.

Mandat. — tacite de la femme mariée, 958 et 960. — d'administrer donné à la femme par le mari, 988. En matière de revendication, 2359.

Mandataire « ad litem ». Aliéné interné, 2104.

Manières d'acquérir. Théorie générale, 2557, s. Énumération, 2562. Voy. **Aliénation, Loi, Occupation, Tradition, Transcription, Usucapion.**

Marais. Desséchement, 2336-3°. Voy. Association syndicale.

Marché. Choses achetées au —, 2486.

Marchepied. 2719 et 2907-3°.

Mari. Obligé de recevoir sa femme chez lui, 893, s. Sa puissance sur sa femme, 920. Prépondérance du — dans la famille, 921. Peine de l'adultère, 900. Obligation alimentaire, 905, s. Autorisation maritale, 951, s. — refusant d'autoriser sa femme, 962. Effet de l'autorisation donnée par lui, 986. Action en nullité contre les actes non autorisés, 988. Second mariage, 1129. Fraudes et aliénations pendant l'instance en divorce, 1251. Curateur de sa femme mineure, 2015. — tuteur de sa femme interdite, 2093. — sous la tutelle de sa femme, 2094. Voy. Femme mariée.

Mariage. Généralités. Bibliographie, 690. Définition, 691, s. Statistique, 695-696. Histoire, 699, s. Conditions naturelles d'aptitude, 703, s. Prohibitions particulières,

703, s. Bigamie, 717. Empêchements fondés sur la parenté et l'alliance, 721, s. Délai de viduité, 731, s. Mariages *in extremis*, 740; voy. aussi 694 *in fine* et 797, en note. Mariage des prêtres, 741, 1003 et 1029. Consentement des parents, 742, s. Actes respectueux, 773, s. Fiançailles, 781, s. Entremetteurs, 790. Publications, 791, s. Oppositions, 799, s. Pièces à fournir, 833. Célébration, 835, s. Communes où le — est possible, 851, s. — des Français à l'étranger, 863; des étrangers en France, 864. Preuve du —, 865, s. Effets du —, 889. Puissance maritale, 919. Incapacité de la femme mariée, 925, s. Autorisation des femmes mariées, 949, s. Nullités de —, 994, s. — inexistants, 1004. Nullités absolues, 1009, s. Nullités relatives, 1056, s. Autorité des jugements en matière de nullité de —, 1084, s. Effets de l'annulation, 1091-1092. — putatifs, 1093, s., 1704, en note et 1997 *in fine*. Dissolution du —, 1118, s. Secondes noces, 1112, s. — clandestins, 746 et 1019. — secrets, 1024. Indemnités en cas de rupture, 789. Comp. 1148 en note, et 1253. — à la Gaulmine, 843. — de Gretna Green, 844. Réhabilitation d'un mariage nul, 886, en note. — morganatique, 890. Empêchements de —, 998, s. — célébrés à l'étranger, 1022. Cas où le — est indissoluble, 1286. Voy. aussi t. II.

Spécialités. Empêchements dérivant de l'adoption, 1602. Émancipation tacite, 1995. Mariage *in extremis*, 1556. Jugement prononçant la nullité d'un —, 449 et 450. Cas de nullité, 523. Mariage de l'interdit, 2079. Nom de la femme, 390, s. Voy. **Conjoint, Convol, Divorce, Enfant, Époux,** Femme mariée, **Légitimité, Noces (secondes), Nullité.**

Marin. Disparition, 512 et 513. Voy. **Décès, Militaire.**

Massigli. Rapport sur les livres fonciers, 2635.

Matériaux. — de démolition, 2243. Extraction de —, 2444-4°. Voy. aussi 2421. Voy. **Immeubles.**

Maternité. Maternité légitime. Preuve, 1384, s. Acte de naissance, 1385; possession d'état, 1387, s. Recherche en justice, 1392, s. Voy. **Désaveu, Mère.**

Maternité naturelle. Reconnaissance, 1465, s. Recherche en justice, 1508, s. Voy. **Mère.**

Mer. Pêche, 2573. Mer territoriale, 3074. Rivages de la —, 2444-2°, 3073; comp. 2573. Naissance en mer, 497. Disparitions en —, 512. Voy. **Épave, Marin.**

Mère. Dévolution de la puissance paternelle, 1647, 1650 et 1744. Prépondérance du père, 1645 et 1650. Détention de l'enfant, 1671. Jouissance légale, 1689 à 1691, Administration légale, 1708. Émancipation de l'enfant, 1986. Consentement au mariage, 747-749. Consentement à l'adoption, 1587; comp. 1645, en note. — tutrice, 1803, 1804, 1822 et 1836-1°. — nommant un tuteur testamentaire, 1805-1806. — pourvue d'un conseil de tutelle, 1854. Reconnaissance d'un enfant naturel, 1475 et 1477. Action contre le père, 1524, s. Déclaration du nom de la — naturelle à l'état civil, 494. Voy. **Accouchement, Enfant, Enlèvement, Filiation, Possession d'état, Séduction.**

Merlin. 132, en note.

Merrain. 2877, en note.

Meubles. Généralités. Définition, 2191; comp. 2262. Distinction des — et des immeubles, 2193, s. Mal protégés par le Code, 2200. Diverses sortes de —, 2237. — par nature, 2238, s. — par anticipation, 2241, s. — du domaine public, 2490, 3079 et 3085. Revendication des —, 2459, s. — perdus ou volés, 2482, s. Absence de publicité, 2601, s. Vente des — du pupille, 1909, s. Conflits de lois relatifs aux meubles, 191.

Meubles corporels. Définition, 2238, s.; voy. aussi 2191. Revendication, 2459. Possession, 2488, s. Occupation, 2567. Transfert conventionnel de la propriété, 2598. Vente par un tuteur, 1909, s. et 1943, s.; par un mineur émancipé, 2002-8°. Immobilisation, 2215, s. Usucapion, 2647. Accession, 2739.

Meubles incorporels. Nature et dénomination, 2244. Liste, 2245 à 2261. Voy. aussi 2488 et 2489. Voy. **Droits de créance, Fonds de commerce, Valeurs mobilières.**

Meubles meublants. Définition légale, 2262. Voy. **Mobilier.**

Militaire. — disparus, 509. Décès outremer, 513. Mariage des —, 738. Voy. **Engagement militaire, Guerre.**

Mine. Distinguée des carrières, 2400. Concession et exploitation, 2391 à 2408. Caractère immobilier, 2204. Redevance, 2236, 2408 et 3003. Usufruit, 2794, s. et 2819. Accidents, 511.

Mineur. Généralités. Incapacité, 1615, s. Actes qu'un — peut faire, 1617. Nullité de ses actes, 1631 à 1634. Domicile, 571, s. Autorisation pour le mariage, 743. Autorisation de la femme d'un mari mineur, 964. Nullité du mariage, 1071, s. Actions en divorce, 1184. Suspension de prescription, 2702. Interdiction, 2042. Voy. **Majorité.**

Mineur commerçant. Capacité, 2000.

Mineur émancipé. Indépendance per-

sonnelle, 1999. Capacité juridique, 2001, s. Distinction établie en 1880, 2023 et 2029. Achats, 2002-1°° et 2006, s. Action en restitution, 2004. Vente et conversion de valeurs mobilières, 2023 et 2024. Actions en justice, 2002-3° et 2026. Voy. **Curateur, Émancipation.**

MINEUR NON ÉMANCIPÉ. Représentation par le tuteur, 1848. Intervention personnelle, 1849-1850. Éducation, 1657, s. et 1878, s. et 1856, en note. Choix d'une profession, 1657 et 1880. Mariage, engagement militaire, émancipation, 1881. Traités avec son tuteur, 1957, s. Voy. **Tutelle.**

MINEUR TUTEUR. 1843-3° et 1853.

Minière. Définition et régime, 2401. Usufruit, 2819.

Ministère public. État civil : vérification, 473 ; rectification, 532. Actions d'état, 439. Causes intéressant un présumé absent, 622 ; un aliéné, 2104. Demandes d'interdiction, 2045. Hypothèque des aliénés internés, 2103. Preuve de la filiation naturelle, 1518. Convocation du conseil de famille, 1787. Dispenses en matière de mariage, 730. Opposition aux mariages, 808 et 815. Rétablissement d'un acte de mariage, 882. Action en nullité de mariage, 1043.

Ministre du culte. Mariage civil, 849-850.

Minorité. Durée, 1615, s. Voy. **Majorité.**

Mitoyenneté. Étymologie, 2505. Théorie générale, 2503, s. État des clôtures, 2511. Abandon, 2513. Acquisition, 2514. Vues dans le mur mitoyen, 2913. Mur privatif, 2504 et 2508. — des arbres, 2520.

Mobilier. Définition légale, 2262. Voy. **Meubles.**

Modalité. Voy. ACTE JURIDIQUE, **Condition, Terme.**

Moniteur universel. 218, en note.

Mont de Piété. Caractère, 3038.

Montesquieu. Définition des lois, 146, en note.

Monuments historiques. 2341, 3079.

Morale. Conventions contraires à la —, 293 et 294. Voy. DROIT NATUREL.

Mort. MORT CIVILE. Effets et abolition, 372 à 374.

MORT NATURELLE. — violente, 504. Voy. **Décès, Funérailles.**

Moulin. Meuble, 2239.

Mousse. Engagement, 1665.

Muet. Voy. **Sourd-Muet.**

Mur. Voy. **Clôture, Constructions, Mitoyenneté.**

Mutation. Droit de —, 2610. Voy. aussi 2197-2°.

Naissance. Déclaration, 488, s. Enfant mort-né, 495. — en mer, 497. Déclaration tardive, 526. Recel, 1436 et 1452-2°. Diminution du nombre des —, 696. Voy. **État civil, Filiation, Personnalité, Nom.**

Nantissement. Voy. PAYS DE NANTISSEMENT.

Napoléon. Décrets illégaux, 157. Sa conception de la puissance maritale, 920-4° et 5°, et 923. Divorce par consentement mutuel, 1297, en note. Voy. **Bonaparte.**

Natalité. 696.

Nationalité. 195, s. et 424. — de la femme mariée, 920-2°.

Navire. Non soumis à l'art. 2279, 2490-2°. Mutation en douane, 2601. Vente à livrer, 2597. Mousses, 1665.

Nègres. 364, en note.

Nivôse (Loi de). Rétroactivité, 250.

Noblesse. Notion générale, 409. Acquisition pour les offices, 2532.

Noces (secondes). Généralités, 1121, s. Époux divorcés, 1284. Ancienne extinction du droit de jouissance légale, 1704. Voy. **Convol, Mariage.**

Nom. Théorie générale, 375, s. Changement de —, 387, s. — de la femme mariée, 920 et 390, s. ; divorcée, 395 ; séparée, 396. — de l'enfant, 383, s. ; de l'adopté, 1601. — commercial, 395, en note. Propriété, 397, s. Imprescriptibilité, 402, s. Prénoms, 403. Surnom, 406. Pseudonyme, 407. Particule, 415. Chose jugée, 417. Déclaration à l'état civil, 494. Voy. aussi 483. Orthographe, 527. Voy. **État civil, Mère, Reconnaissance, Titre.**

Non-présent. Définition, 612-1°. Délai du désaveu, 1452-1°. Situation en matière d'usucapion, 2681, s. Représentation par un notaire, 623. Voy. **Absence.**

Non-usage. Propriété, 2446, s. Usufruit, 2849, s. Servitudes, 2977, s. Voy. **Imprescriptibilité.**

Notaire. Notions générales, voy. t. II. Statistique, 2538, en note. Obligation de résidence, 516. Reconnaissance d'enfant naturel, 1470-2°. Affichage des interdictions, 2059 et 2061 ; comp. 2116. Représentation des présumés absents, 623 ; des non-présents, 623. Voy. ACTE AUTHENTIQUE, ACTE NOTARIÉ, **Inventaire, Office.**

Nue propriété. 2824, s.

Nuit. — du 4 août 1789, 62 et 2327.

Nullité. Généralités. Théorie générale, 326, s. — absolue, 336, s.; comp. 1630. — relative, 340, s. — des actes d'un incapable, 1630, s. Nullité de droit, 1633. Voy. Action en nullité, **Réduction, Rescision.**

Spécialités. Actes des femmes mariées non autorisées, 987, s. — de mariage, 994, s. Effet des — absolues de mariage, 1045, s. Réhabilitation des mariages nuls, 1048. — relatives de mariage, 1056, s. — des actes de l'aliéné non interdit, 2074, s.; de l'aliéné interdit, 2082, s.; de l'aliéné interné, 2086; du prodigue ou du faible d'esprit, 2143, s.; d'un condamné interdit légalement, 1630; comp. 2662 et 2083, en note. Voy. **Inaliénabilité, Mineur, Morale, Ordre public.**

Objet. — des obligations, 2155 et 2156. — trouvé, voy. **Choses, Épave.**

Obligations. Généralités. Définition, 2154. Comp. 2249, en note. — positives et négatives, 2155. — de faire et de ne pas faire, 2156. — de donner, 2156 et 2590. — immobilières, 2232, s. — *propter rem*, 2368; comp. 2967 et 2999. Voy. **Aliénation, Contrat, Incapacité, Femme.**

Obligation alimentaire. Théorie générale, 658, s. Personnes tenues, 661, s. Conditions, 674. Objet, 679. Caractères, 685. Entretien des enfants par leurs parents, 1680, s. — entre époux, 904. Effet du divorce et de la séparation de corps, 1258, 1336, 1361.

Obligations des villes et sociétés. Voy. **Valeurs mobilières.**

Obsèques. Voy. **Funérailles.**

Occupation. Théorie générale, 2564, s. Cas spéciaux, 2568, s. — du gibier, 2571. — des choses ayant un maître, 2581, s. — temporaire, 2444-3°.

Office. Nature mobilière, 2246; comp. 2199. Notions historiques, 2531, s. Bibliographie, 2529. État actuel, 2537, s. Statistique, 2538. Vente, voy. t. II.

Officier. Officier public. Reconnaissance d'enfant naturel, 1471. Compétence pour les ventes de meubles, 2243. Voy. Acte solennel, **Authenticité, Notaire, Vente.**

Officier de l'état civil. Généralités, 463, s. Mariage des mineurs, 722. Visa des oppositions à mariage, 821. Célébration du mariage, 860 et 862. Vérification des pièces, 833. Suppression d'un acte de naissance, 879, s. Nullité du mariage pour incompétence de l'—, 1025. Compétence en matière de divorce, 1230.

Offre. Voy. **Acceptation.**

Opposition. — à mariage, 799, s. — au retrait de fonds dans les caisses d'épargne, 943. En matière de divorce, 1221, en note.

Ordonnances royales. 48 à 51. Voy. aussi 58 et 88. — de juillet 1830, 157. Législation du mariage, 701.

Ordre public. Lois d'—, 292, s. Conventions contraires à l'—, 291, s., 1646. Voy. **Nullité.**

Ordres religieux. Entrée d'un mineur, 1726 et 2000. Voy. **Communautés religieuses, Vœux monastiques.**

Ordres sacrés. Obstacle au mariage, 741.

Organisation judiciaire. 203.

Ouvrier. Gains de la femme, 948.

Pacage. Servitude discontinue, 2895.

Pandectes françaises. 126 et 132.

Papiers domestiques. Voy. **Livres domestiques.**

Parcours. 2430 et 2433.

Parenté. Définition, 643. Lignes, 644, s. Degré, 648, s. Effets, 650, s. — naturelle, 1370. Empêchement de mariage, 721, s. Voy. **Filiation, Témoin.**

Parents. Généralités. Respect dû aux —, 1644. Indication de leur nom dans l'acte de naissance, 494. Consentement au mariage de leurs enfants, 742. Témoins dans les affaires de divorce, 1212. Voy. **Administration légale, Enfants, Jouissance légale, Puissance paternelle.**

Parents naturels. Puissance paternelle, 1648, s. Incarcération de l'enfant, 1678. Jouissance légale, 1689. Refus de l'administration légale, 1708. Empêchements de mariage, 727.

Paris. Prépondérance de la coutume de —, 44. Voy. **Parlements.**

Parlements. Opposés à l'unification du droit français, 59. Enregistrement des ordonnances, 48. Sources du Code, 88. — de Paris : son ressort, 40; son rôle sous Louis XIV, 56. Revendication des meubles, 2467 et 2486. Prix des charges, 2533. — hostiles à la légitimation par lettres du pape, 1550. Recherches de paternité, 1520-1521. Mariages clandestins, 746. Mariages à la Gaulmine, 843. Mariage des protestants, 845. Voy. **Lettres royaux, Offices.**

Paroles de futur. 784.

Part. (Partus). Suppression et supposition de —, 1876. Confusion de —, 731.

Partage. Définition, 2498. Théorie générale, voy. t. III. Dispense de transcrip-

tion, 2614. — au nom d'un pupille, 1940, s., voy. aussi 2144; projet de réforme, 1963. — par un mineur émancipé, 2019; par un prodigue ou un faible d'esprit, 2135. — provisionnel pour un mineur, 1941, s. — constitutif d'usufruit, 2754.

Particule. 415.

Partie. Définition, 297. Comparution à l'état civil, 480. Voy. **Ayant cause, Tiers.**

Passage. En cas d'enclave, 2920, s. Droits de — : prescription, 2923 et 2950; propriété, 2972. — dans les chemins d'exploitation, 2501.

Paternité. PATERNITÉ LÉGITIME. Présomption légale, 1411, s. Voy. **Désaveu.**

PATERNITÉ NATURELLE. Bibliographie, 1505. Recherche, 1519, s. Prohibition ancienne, 1520, s.; correctifs, 1524. Exceptions au principe, 1525.

Patrimoine. Généralités, 2147. Composition, 2150. Patrimoine d'affectation, 2258. Voy. **Biens, Créanciers, Droits, Séparation des patrimoines.**

Paulette. 2533.

Pays. PAYS DE COUTUME. Généralités, 35 à 38. Puissance paternelle, 1638 et 1639.

PAYS DE DROIT ÉCRIT. Généralités, 35 à 38. Puissance paternelle, 1637. Adoption, 1570. Dot, 1727.

PAYS DE NANTISSEMENT. 2604.

Pêche. Manière d'acquérir, 2572, s. Droit réel, 2875. Servitude, 2934. Pêcheries, 3097.

Pension. — alimentaire, voy. OBLIGATION ALIMENTAIRE. — insaisissable, 688.

Pépinière. Usufruit, 2792-2793.

Père. Consentement au mariage, 747. Opposition au mariage, 804. — naturel, 1520, s. Voy. aussi 1649-1650. Bon — de famille, 2814. — Voy. **Administration légale, Correction, Filiation, Parents, Puissance paternelle.**

Personnalité. — des lois, 36, 186-3° et 195, s. — des individus, 364, s. Voy. **Personnes, Statuts.**

Personnes. PERSONNES RÉELLES. Définition, 362. Attributs, 365. Commencement et fin de la personnalité, 366, s. et 371, s. Nom, 375, s. État des —, 419, s. Droits primordiaux, 2151, en note. Voy. **Absence, Capacité, Domicile, État civil, Patrimoine.**

PERSONNES FICTIVES. Bibliographie, 3015. Notion générale, 3007, s. Classification, 3020, s. Création, 3034, s. Critique, 3016, s. Utilité de la fiction, 3045. Domicile, 3047. Extinction, 3051. Responsabilité, voy. t. II.

Perte de la chose. Usufruit, 2842, s. Servitudes, 2976 et 2982.

Pigeons. Caractère immobilier, 2220-4°. Accession, 2718.

Photographie. Propriété littéraire, 2544.

Placement. — d'argent, voy. **Capitaux, Tuteur.** — des aliénés dans les asiles, 2068 et 2905 *in fine.*

Plantation. Par le propriétaire, 2914. Par le possesseur, 2733. Caractère immobilier des végétaux, 2205, s.

Poissons. Accession, 2718. Voy. **Étang, Pêche.**

Police. Lois de —, 188. Règlements de — en matière de propriété, 2333. — judiciaire, 468, en note. Voy. **Règlement.**

Port. Domanialité, 3075.

Portalis. Définition du mariage, 694. Opinions sur le mariage des prêtres, 741.

Portrait. Refus de livrer, 2597.

Possesseur. POSSESSEUR DE BONNE FOI. Définition, 2290 et 2725. Acquisition des fruits, 2289, s. Présomption de propriété, 2286. Revendication mobilière, 2479. Construction, 2725, s. Immeubles par destinations, 2217. Voy. **Bonne foi, Prescription acquisitive.**

POSSESSEUR PRÉCAIRE. 2313, s., 2273 et 2649. Revendication des meubles contre le —, 2476. Voy. POSSESSION PRÉCAIRE.

Possession. GÉNÉRALITÉS. Définition, 2263. Bibliographie, 2262 *bis*, 2302, 2460. Choses susceptibles de —, 2264 à 2266. *Corpus et animus*, 2268. Acquisition de la —, 2269. Perte de la —, 2270, s. Qualités et vices, 2275, s. Effets, 2286. Acquisition des fruits, 2288, s. Exception à la revendication, 2459, s. — vaut titre, 2459, 2476. Voy. ACTION POSSESSOIRE, **Prescription, Revendication.**

SPÉCIALITÉS. Usufruit, 2760 et 2802. — continue des servitudes discontinues, 2949. — immémoriale des servitudes, 2946. Jonction des possessions, 2673, s.

POSSESSION D'ÉTAT. Notion générale, 433, s. Preuve du mariage, 869, s. Couvrant le vice de clandestinité du mariage, 1050 et 1054-1055. Preuve de la filiation légitime, 1387 à 1392; de la filiation naturelle, 1542. s. Conformité de la — et de l'acte de naissance, 1392. Cas du mariage annulé pour inceste ou bigamie, 1541-4°.

POSSESSION PRÉCAIRE. Théorie générale, 2311, s. Cessation de la précarité, 2319. Impossibilité d'usucaper, 2649. Voy. aussi 2675 et 2696. Voy. **Précarité.**

Postes. Sommes abandonnées, 2584-4°. Voy. **Caisse d'épargne, Lettres.**

Pothier. 53.

Pouvoir. Distinction du — et de la capacité, 1611. — législatif, 149 et 160. Séparation des —, 65. — réglementaire, 151, s. Interprétation des lois, 208, s.

Précarité. Notion générale, 2311, s. Comp. 2273. — dans la possession des servitudes, 2955, s. Obstacle à la prescription, 2649.

Préciput. Effet du divorce, 1268.

Prénoms. 403 à 405.

Prénotation. 2355, en note, et 2599.

Prescription. PRESCRIPTION ACQUISITIVE. Définition et notions préliminaires, 2644, s. Biens susceptibles d'être prescrits, 2648. Possession requise pour la —, 2285 et 2649. Temps nécessaire, 2651 *bis*. Point de départ, 2652. Droits conditionnels, 2654. Droits éventuels, 2655. Calcul du temps, 2656. Règles spéciales à la — de dix à vingt ans, 2658, s. Sa durée, 2670, s. Jonction des possessions, 2673, s. Interruption de la —, 2679, s. Suspension de la —, 2697, s. Effets de la —, 2706. Renonciation, 2712. Rétroactivité des lois, 248. Prétendue — instantanée des meubles, 2494. — de l'usufruit, 2758, s.; de l'usage d'une source, 2918 et 1959, s.; des droits de passage, 2923 et 2950; des servitudes, 2943, s. et 2987, s.; des forêts domaniales, 3081; des épaves, 2585. Suppression de la prescription en Tunisie, 2641. Voy. **Meuble, Revendication, Titre.**

PRESCRIPTION EXTINCTIVE. Action en nullité des actes d'une femme mariée non autorisée, 990. Actions en nullité de mariage, 1068, 1077, 1079. Demandes en divorce, 1204, s. Recherche de paternité, 1530. Action en revendication des meubles, 2480, 2483, 2485, 2487. Revendication des biens d'une congrégation dissoute, 3056, 3057. Action en nullité, 343-4°. Servitudes, 2977, s. et 2986. Usufruit, 2851. Actions en réclamation d'état, 1410; comp. 1401. Actions entre tuteur et pupille, 1981, s. Règle spéciale à l'aliéné interné, 2087. Voy. **Imprescriptibilité, Non-usage.**

Présentation. Voy. **Droits.** (SPÉCIALITÉS).

Présents d'usage. Au nom du pupille, 1908.

Présomption. PRÉSOMPTION D'ABSENCE. Définition, 616. Durée, 624 et 629. Protection des biens, 620, s. Protection des enfants, 1733-3°.

PRÉSOMPTION DE FAIT. Définition, 352-4°.

PRÉSOMPTION LÉGALE. Définition, 358. Force, 359 et 361. Rétroactivité, 251. — de propriété au profit du possesseur de meubles, 2286-2° et 2496; du possesseur d'immeubles, 2452 *in fine*. — de paternité du mari, 1411, s.; comp. 1464, en note. — de mitoyenneté, 2510; de folie résultant de l'interdiction, 2078 et 2084.

Prêtrise. Mariage des prêtres, 741, 1003, 1029. Cause de divorce, 1170. Adoption, 1574. Voy. **Culte, Église, Ordres religieux.**

Preuve. GÉNÉRALITÉS. Notions sommaires, 351, s. Fardeau de la —, 357. — du mariage, 865, s.; d'une promesse de mariage, 789, en note; de l'adultère, 1162; de la bonne foi des époux en cas de mariage nul, 1099; de la propriété, 2448, s. — de la filiation, voy. **Filiation.** Voy. aussi **Décès, État civil, Naissance.**

PREUVE LITTÉRALE. 351-3°. — préconstituée, 353 et 354. Voy. **Acte, Commencement de preuve par écrit, Enregistrement.**

PREUVE TESTIMONIALE. En matière de mariage, 876; de divorce, 1212 et 1216; de filiation, 1395. Voy. aussi 1399 et 1404.

Prise. Droit de —, 2582. — d'eau, 3096.

Procédure. 26. Code de —, 97-98. Déclaration d'absence, 628. Action d'état, 438-439. Interdiction judiciaire, 2115, s.

Procuration. Laissée par un absent, 619 et 620. — pour reconnaître un enfant naturel, 1479.

Prodigue. Définition, 2112. Incapacité, 2123, s. et 2136. Actes qui lui sont permis, 2139, s. Autorisation de la femme du prodigue, 966. Action en divorce, 1185. Clause d'inaliénabilité, 2345-2° et 2346. Voy. **Conseil judiciaire.**

Produits. Distinction des — et des fruits, 2296, 2297 et 2790, s. Droit du nu propriétaire, 2827.

Profession religieuse. Voy. **Vœux monastiques.**

Promesse. — de mariage, 789. De fournir et de faire valoir une rente, 3000.

Promulgation. Lois, 163 à 175. Décrets, 177.

Propres. — de succession, 3001, en note.

Propriété. GÉNÉRALITÉS. Théorie générale, 2322, s. Définition, 2329. Controverses sur la —, 2322, s. Évolution historique, 2325, s. Droits du propriétaire, 2329, s. Restrictions, 2333, s. Aliénation, 2337.

Règles spéciales à la — foncière, 2362. s. Bibliographie, 2362. Morcellement, 2384. Non-usage, 2446. Prescription, 2446, s. Preuve, 2448, s. Indivision, 2497, s. Copropriété sans indivision, 2522, s. Régie exclusivement par les lois françaises, 189. Transfert conventionnel de la —, 2589, s. Voy. **Alignement, Biens, Cadastre, Expropriation, Manières d'acquérir, Revendication, Rivière, Servitude.**

Spécialités. — collective : définition, 3005 ; existence, 3006, s. ; gestion, 3044. — résoluble, 2349, s. — ennemie, 2581, s. — incorporelles, 2246, s. et 2529, s. ; — du nom, 397, s. ; des titres nobiliaires, 412, s. — des offices, 2535 et 2539.

Propriété littéraire, artistique et industrielle. Nature mobilière, 2248. Théorie générale, 2543, s. Histoire de la législation, 2547, s. État actuel, 2549. Usufruit du conjoint survivant, 2761. Voy. **Lettre missive, Nom, Titres nobiliaires.**

Protestants. État civil sous l'ancien régime, 461. Mariage, 845-846.

Protuteur. 1829, s.

Provision. Instances en divorce, 1245, 1249.

Prud'hommes. 203.

Prusse. Livres fonciers, 2599 et 2642, s. Voy. **Allemagne.**

Pseudonyme. 407.

Puberté. Généralités, 704-707 et 1615, Mariage d'un impubère, 1012, 1051-1052.

Publication. — des lois, 167 ; des décrets, 177 ; de mariage, 791-798 et 854. Défaut de —, 1020.

Publicité. Registre de l'état civil, 476. Mariage, 857, 863, 1018, s. Jugement de divorce, 1226. Réconciliation des époux séparés de corps, 1341-1342. Demandes en interdiction, 2058, s. Aliénations immobilières, voy. **Clandestinité, Transcription.**

Puffendorf. Transfert conventionnel de la propriété, 2594.

Puisage. 2895.

Puissance maritale. Généralités, 919. Effets, 920, s. Sa décadence, 923.

Puissance paternelle. Définition, 1636. Bibliographie, 1635 et 1731. Histoire, 1637 et 1643. Personnes investies de la —. 1645. Conventions relatives à son exercice, 1646. Enfants naturels, 1648. Parents mineurs, 1651. Femme mariée, 937. Délégation judiciaire, 1655-1656. Droits et charges dérivant de la —, 1657, s. Garde de l'enfant, 1660. Correction, 1664. Droit au respect, 1644. Contrôle de la justice, 1728, s. Déchéance, 1731, s. Statistique, 1737, note. Loi de 1889, 1735, s. Loi de 1898, 1734 et 1747, s. Restitution de la —, 1746. Pouvoir actuel des tribunaux, 1749. Effet du divorce, 1275 ; et de la séparation de corps, 1331. Voy. **Administration légale, Émancipation, Enfant, Jouissance légale, Mère.**

Puits. — ordinaires, 2912. — artésiens, 2924.

Pupille. Voy. Mineur non émancipé.

Quasi-contrat. Voisinage, 2366, s.

Quasi-possession. 2264 et 2265.

Quasi-usufruit. Introduction, 2749. Applications usuelles, 2749. Nature, 2777. Pouvoir d'aliéner, 2808.

Questions d'état. Voy. **Actions d'état, État (des personnes).**

Questions préjudicielles. 1406.

Quotité disponible. Théorie générale, voy. t. III. Voy. **Réserve héréditaire.**

Rachat. Rentes foncières, 2998 et 3001. Servitudes, 2889. Voy. aussi 67, en note.

Rapt. — de séduction, 746. Nullité du mariage, 1059. Voy. **Enlèvement, Séduction.**

Réalité. Droits réels, 2154, s., 2162. Principe de la — des statuts, 186-1°. Voy. aussi 184 et 185.

Recel. — de la naissance d'un enfant, 1435, s. et 1452-2°.

Recherche en justice. — de filiation, voy. le mot suivant.

Réclamation d'état. Notion générale, 435. Recherche de la maternité légitime, 1393, s. et 1400, s. Transmission de l'action aux héritiers, 1407, s. Recherche de la maternité naturelle, 1505, s. Intransmissibilité de l'action, 1516. Paternité naturelle, 1527. s. Voy. **Filiation, Paternité.**

Récolte. Immeuble par nature, 2205. Meuble par anticipation, 2243. Vente et saisie, 2243. — sur pied en cas d'usufruit, 2789.

Réconciliation. Cas de divorce, 1208. Cas de séparation de corps, 1338. Preuve, 1217.

Reconnaissance. Reconnaissance d'un droit. Interruption de prescription, 2693, s.

Reconnaissance d'enfant naturel. Théorie générale, 1464, s. Formes, 1469. — non solennelle faite par la mère, 1475. Officiers publics compétents, 1470. — faite en justice, 1472. Capacité, 1478. Indication de

la mère faite par le père, 1477. Enfants pouvant être reconnus, 1480, s. Effets, 1484, s. et 1503. Preuve contraire, 1489. Irrévocabilité, 1494. Enfant naturel reconnu pendant le mariage, 1495, s. — forcée, 1504. — en vue de la légitimation, 1557, s. — par un prodigue ou un faible d'esprit, 1478 et 2140. Voy. **Enfant, Preuve.**

RECONNAISSANCE D'UTILITÉ PUBLIQUE. Personnes civiles, 3038, s.

Rectification. Acte de l'état civil, 526, s. Compte de tutelle, 1981-4°.

Recueil. — de lois, 120-121; d'arrêts, 126.

Reculement. Voy. **Alignement.**

Redevance. Mines, 2236, 2408 et 3003. — convenancière, 3004.

Réduction. Obligations d'un mineur émancipé, 2005 à 2008, 2031 et 2033; d'un prodigue, 2136-1°.

Référé. — au législateur, 210. — au juge, 2689. — en cas de divorce, 1243.

Réformation. — des coutumes, 44 *bis*.

Registres. Voy. **État civil, Livres domestiques, Transcription.**

Règlements. En général, 153. Interprétation par l'autorité judiciaire, 207. — de police, 154 et 159. — d'eau, 2423, s. — sur les objets trouvés, 2588. Voy. **Désuétude, Police.**

Réhabilitation. — des mariages nuls, 1048, s. Voy. aussi 886.

Réintégrande. 2305 et 2309. Voy. ACTION POSSESSOIRE.

Relais. Voy. **Lais.**

Remembrement. 2384.

Renonciation. Usufruit, 2846-2848. Prescription, 2712, s. Voy. **Abandon, Acceptation** (DE SUCCESSION).

Rente. GÉNÉRALITÉS. Définition, 2251 et 2253. Variétés diverses, 2254. Nature mobilière, 2256 et 3001. Remboursement au cours de l'usufruit, 2805.

RENTE FONCIÈRE. Définition, 2996. Ancien droit, 2997. Droit actuel, 3002. Voy. aussi 67.

RENTE PERPÉTUELLE. Rareté actuelle, 2255.

RENTE VIAGÈRE. Fruits civils, 2783 et 2826.

RENTE SUR L'ÉTAT. Immobilisation, 2235-3°. Appartenant à des mineurs, 1913, s. et 2023-2024.

Réparations. En cas d'usufruit, 2821, 2833-2834, 2869. Au cours de la tutelle, 2103. Voy. **Impenses, Possesseur de bonne foi.**

Répertoire. — de droit, 132, de bibliographie, 134. Voy. aussi 34 et 47. — anciens de Denisart et de Guyot, 53 et 132, en note.

Représentation. — dans les actes juridiques, 298, s. — des incapables, 1627 et 1628. Voy. **Pouvoir, Tuteur.**

Réquisition militaire. 2444-6°.

Rescision. 284 et 1634, en note.

Réserve héréditaire. Théorie générale, voy. t. III. Question relative à la jouissance légale, 1695, en note. Ses inconvénients pour la jouissance paternelle, 1665-2°.

Résidence. 556 et 608. Effet quant au mariage, 852. Effet de l'instance en divorce, 1245, 1246 et 1553. Voy. **Domicile, Non-présent.**

Résolution. Propriété résoluble, 2349, s. Transcription, 2356 et 2613. — de l'usufruit, 2857. Voy. **Condition.**

Respect. — dû aux parents, 1644.

Retour. — conventionnel, 2345, en note.

Rétroactivité. — des lois, 240 à 263; des conditions, 316, 317, 321, 324 et 2355; des jugements, 2612, 2613 et 2081; du divorce, 1262; de l'interdiction judiciaire, 2085; de la prescription acquisitive, 2708; de l'adoption, 1597. Voy. **Résolution.**

Revendication. Définition, 2233. Rôle de défendeur, 2286-1°. — des immeubles, 2445, s. — des meubles, 2459, s. — des épaves, 2586 — des titres au porteur, 2491-2492. Prescription en matière mobilière, 2480, 2483, 2485 et 2647. Biens des congrégations dissoutes, 3056-3057. Voy. **Épave, Impenses, Possesseur, Prescription, Preuve.**

Révocation. — du consentement à mariage, 770; de l'autorisation maritale, 960.

Révolution française. Généralités, 60 et suiv. Sécularisation du mariage, 701-702 et 847. Émancipation de la propriété rurale, 2342. Législation minière, 2393. Vénalité des offices, 2536. Transformation des rentes foncières, 3001, s. Voy. **Assemblée constituante, Convention nationale.**

Revues. Bibliographie, 133.

Rivage. — de la mer, 2444-2° et 3073.

Rivière. — navigables et flottables, 3070. Propriété du lit des petites —, 2189. Voy. aussi 2387. Droits des riverains sur les eaux, 2416, s. et 2428. Changement de lit, 2417, 2719-4° et 2905. Circulation en bateau,

2387. Servitudes, 2907-3°. Barrage, 2927. Non-rétroactivité de la loi de 1898, 2189, en note. Voy. **Alluvion, Eaux, Pêche.**

Roguin. 2159, en note, 2160, 2161.

Roumanie. État de la législation, 143. Incapacité de la femme mariée, 929. Divorce par consentement mutuel, 1155, en note. Majorité à 18 ans, 1618. Actes des mineurs réguliers en la forme, 1962. Parenté naturelle, 651, en note. Pas de reconnaissances de filiation naturelle, 1468, en note. Absence d'alliance entre concubins, 653, en note.

Roussel. Protection des enfants, 1734, en note. Étude des aliénés, 2037 et 2066.

Route. Domanialité, 3069. Plantation d'arbres, 2931.

Rue. Domanialité, 3069. Servitudes, 2881.

Ruisseau. 2190.

Saisie. Généralités, voy. t. II. Saisie-brandon, 2243. — immobilière de l'usufruit, 2811. — immobilière pratiquée par des créanciers chirographaires, 2621. Conversion de —, 2025. — réciproque des salaires des époux, 906.

Saisine. Clauses de dessaisine, 2595 et 2604.

Salaires. Femmes mariées, 948. Voy. aussi t. III.

Saleilles. 2258.

Sanction. — des lois, 161.

Savigny. 17.

Scellé. Affaires de divorce, 1251. Succession échue à un pupille ou à un interdit 1933 ; à un non-présent, 636.

Secours. Devoirs des époux, 904. Après la séparation de corps, 1335.

Secret. — des lettres missives, 2553.

Section de commune. 3023.

Sécularisation. — du mariage, 701-702 et 847.

Séduction. Ancien droit, 1523. Réparation pécuniaire, 1524. Recherche de paternité, 1526-2°. Vice du consentement, 1060. Voy. **Enfant naturel, Mère, Rapt.**

Sentier. — d'exploitation, 2501.

Séparation. Séparation de corps. *Généralités.* Définition, 1290. Histoire, 1291, s. Causes, 1297, s. Choix entre la — et le divorce, 1300, s. Nécessité d'un jugement, 1292 et 1302. — de fait, 1302 ; voy. aussi 945 et 957. Demande en —, 1303, s. Demandes reconventionnelles, 1308, s. Effets de la —, 1312, s. Cessation de la vie commune, 1313. Séparation de biens, 1317 et 1344. Capacité de la femme séparée, 1321, s. Nom des époux, 1325. Déchéances diverses, 1326. Persistance du mariage, 1333. Réconciliation des époux, 1338, s. Conversion en divorce, 1348, s.

Spécialités. Consentement au mariage des enfants, 749. Influence sur le désaveu, 1443, s. et 1452-4° ; sur la tutelle légale du mari, 2093. Conversion en divorce après nomination d'un conseil judiciaire, 2125. Demandée par le tuteur de l'interdit, 2097. Nom de la femme séparée, 410 ; domicile, 577. Légitimation d'enfants adultérins, 1553. Voy. **Divorce.** Voy. aussi t. III.

Séparation des églises et de l'État. 850, 1003, 1029, 3027.

Séparation des patrimoines. 2624.

Séparation des pouvoirs. 64.

Sépulture. Voy. **Cimetière, Funérailles, Tombeaux.**

Serment. Notion sommaire, 352-5°. — en matière de divorce, 1214. Caution juratoire de l'usufruitier, 2770.

Serviteurs. Voy. **Domestiques.**

Servitudes personnelles. 2746. Voy. **Usufruit.**

Servitudes prédiales ou réelles. Théorie générale. Définition, 2880. Caractères, 2886, s. Classifications, 2891. — continues et discontinues, 2894-2896. — apparentes et non apparentes, 2897 et 2898. — naturelle, 2900. — légales, 2906, s. — du fait de l'homme, 2928, s. — imposées à la personne ou en faveur de la personne, 2928, s. Modes d'établissement, 2936, s. Exercice, 2964, s. Actions possessoires, 2973, s. Comparaison avec la propriété, 2972, s. Extinction, 2975, s.

Spécialités. — sur le domaine public, 2881 ; sur les chemins de fer, 3097.

Signature. Femme mariée, 394. Actes de l'état civil, 846. Opposition à mariage, 817.

Sirey. Lois annotées, 121. Arrêts, 126.

Société. Généralités. Noms des parts d'associés, 2257. Effet de leur personnalité, 2258. Voy. **Association.**

Sociétés civiles. Personnalité, 2260 et 3040-4°.

Sociétés commerciales. Personnalité, 3040-1°.

Sociétés de secours mutuels. Personnalité, 3039. Dissolution, 3055.

SOCIÉTÉS DIVERSES. — de législation comparée : Annuaire étranger, 142 ; Annuaire français, 121. — d'études législatives, 133. — de saint François Régis, 834.

Solennité. Voy. ACTE SOLENNEL.

Source. Droits du propriétaire, 2412, s. Droits des voisins, 2916, s. Écoulement, 2924. Prescription, 2918 et 2959. Eaux minérales, 2907-4°. Adduction d'eaux dans les villes, 2413.

Source du droit. 9, s.

Sourd-muet. Mariage, 861. Interdiction, 2040. Conseil judiciaire, 2112.

Spécialité. — des établissements publics, voy. t. III. — de l'autorisation maritale, 975.

Statue. Immobilisation, 2228-3°.

Statut. Généralités, 183, s. — réel et — personnel, 184. Pays de territorialité absolue, 198.

Stiftung. 3030. Voy. aussi t. III.

Subrogation. — réelle, 2173 *bis*, en note.

Subrogé tuteur. Théorie générale, 1865, s. Surveillance du tuteur, 1866. Remplacement du tuteur, 1867. Nomination, 1869, s. Responsabilité, 1874. Bail des biens du mineur, 1958-2°. Destitution du tuteur, 1800.

Substance. Obligation de l'usufruitier de respecter la — de la chose, 2818 ; comp. 2748 et 2777.

Successeur. Voy. **Ayant cause.**

Succession. Lieu d'ouverture, 563. Manière d'acquérir, 2743. — échue à un pupille, 1932, s. — à un absent, 619 1°. — en déshérence, 3087. — vacantes et bénéficiaires, 2703. Rétroactivité des lois, 247. Voy. **Adoption, Héritier, Nivôse (Loi de), Réserve, Retour, Testament.**

Suisse. État de la législation, 143. Recherche de la paternité, 1523.

Superfices. Voy. **Domaine congéable.**

Superficie. 2524, s.

Suppression d'état. 1406, en note, et 1405 et 1466.

Surdité. Voy. **Sourd-muet.**

Sursis. En matière de divorce, 1201.

Suspension de prescription. Théorie générale, 2697, s. Causes, 2699, s. et 2702, s. — en matière de servitudes, 2987. Voy, **Imprescriptibilité, Non-usage.**

Syndicats. SYNDICATS PROFESSIONNELS. Personnalité, 3040-3°. Capacité d'acquérir à titre gratuit, voy. t. III.

SYNDICATS DE COMMUNES. 3023.

Tabac. Culture, 2336.

Taine. Formule inexacte sur la Révolution, 2328.

Taux. Voy. **Intérêt.**

Télégramme. Affaires de divorce, 1215.

Témoins. 1° *En justice.* Généralités, 352-2°. Affaires de divorce, 1212 et 1216. Questions de filiation, 1395 et 1509.

2° *Dans les actes.* État civil, 482 et 499. Femmes —, 1624 et 482. — du mariage, 859.

Tenure. — perpétuelle, 2327, note.

Terme. Définition, 325. Caractère, 308, s. Effets, 316, s. — incertain, 312. — extinctif de l'usufruit, 2840, s. ; des servitudes, 2983. Voy. **Modalité.**

Terrains. — en montagne, 2336. Voy. **Immeuble.**

Terres vaines et vagues. Bretagne, 2499, en note.

Testament. Manière d'acquérir, 2742. Constitution de l'usufruit, 2756-2757. Reconnaissance d'enfant naturel, 1494. — du prodigue et du faible d'esprit, 2140. Lois rétroactives, 247. Capacité du mineur, 1617. Actes faits dans la forme testamentaire ; adoption, 1604, s. ; nomination d'un conseil de tutelle, 1804-2° ; nomination d'un tuteur, 1807. Voy. **Funérailles, Legs, Réserve, Succession.**

Théâtre. Son rôle en matière juridique, 127, note. Accessoires immobiliers, 2222. Engagement d'un mineur, 1880-1° et 1999 ; d'une femme mariée, 969 et 982. Perpétuité des droits d'auteur, 2546.

Thibault. Méthode d'interprétation des lois, 17 et 224, en note.

Tierce opposition. — du mari à un jugement rendu contre sa femme, 993.

Tiers. Définition, 297, s. Droits des — en matière de transcription, 2616, s. et 2630, s. En matière mobilière, 2478, s. Voy. **Ayant cause.**

Titre (Titulus). Définition, 2291. Vices, 2292. — putatif, 2295 et 2264. Interversion de titre, 2329, s. Preuve de la propriété, 2452 et 2453. Usucapion, 2660. Servitudes, 2936, s. Voy. aussi 2974.

Titre. (Instrumentum). — au porteur, 2489, en note. Possession, 2532. Perte des

— au porteur, 2492-2493. — nominatif, 1902, en note. Conversion des — nominatifs, 1917, 1927, 1947 et 2024. Voy. **Acte, Livres domestiques, Preuve.**

Titres nobiliaires. 410, s. Voy. **Noblesse.**

Tolérance. Actes de simple —, 2955, s. Voy. **Faculté.**

Tombeau. Propriété, 3093. Voy. **Cimetière, Funérailles.**

Tontine. 3040-1°.

Torrens. Système —, 2640 et 2646.

Toullier. 130.

Tour. Dépôt des enfants, 1662.

Tourbière. 2402.

Tradition. Son utilité actuelle, 2590 et 2593, s. — de longue main et de brève main, 2592. — symbolique, 2593, en note. Rôle actuel de la —, 2744. Comp. 2595.

Traite. — des noirs, 364.

Transaction. Notion sommaire, 1402 et 1954. Caractère déclaratif, 2614-2°. Actions d'état, 436-2° et 1402. Mineur en tutelle, 1955. Mineur émancipé, 2002-9°. Prodigue et faible d'esprit, 2126. Père administrateur légal, 1714.

Transcription. Généralités. Définition, 2600. — *des actes à titre onéreux*, 2603, s. Histoire, 2606, s. Régime actuel, 2612, s. Droits soumis à publicité, 2602. Actes sujets à —, 2612, s. Personnes pouvant opposer le défaut de —, 2616, s. — *des donations*, 2625, s. *Systèmes étrangers*, 2637, s. Critique du système français, 2633, s.

Spécialités. — des jugements d'expropriation, 2741. — de l'usufruit, 2755. — des servitudes, 2942. — de l'emphytéose, 2994. — à la suite d'une annulation ou d'une rescision, 2355-2356 et 2613. Juste titre pour prescrire, 2665.

Transcription a l'état civil. Adoption, 1595. Légitimation, 1565. — Divorce : principe, 1229. Omission de la —, 1236. Date de la rupture du mariage, 1263-1264. Jugement convertissant une séparation de corps en divorce, 1360.

Transfert. Propriété en général, 2589, s. Propriété foncière, 2600, s. Meubles corporels, 2598. — des titres nominatifs, 1902, en note. Voy. **Transmission.**

Transmission. — à titre universel et à titre particulier, 2558-2560. — par décès dispensée de publicité, 2613 et 2633. Voy. **Aliénation, Ayant cause, Manière d'acquérir, Transcription.**

Transportés. Domicile, 598. Capacité des femmes —, 947.

Travaux préparatoires. Code civil, 83. Lois modernes, 218.

Trésor. Théorie générale, 2578, s. Usufruit, 2798.

Tribunal. — de famille, 1666, en note. — des tutelles (en Allemagne), 1772.

Tribunat. 77-2°, 78, 80.

Tribunaux. Généralités. Sous la Révolution, 65. Organisation actuelle, 203. Gardiens des intérêts privés, 1728, 2441. Interprètes des lois, 202, s. Voy. **Action en justice, Cassation, Cours d'appel, Incompétence, Jurisprudence.**

Tribunaux civils. Compétence en matière d'absence, 621 ; de divorce, 1186 ; de filiation, 1403-1406 et 1507 ; de désaveu, 1455 ; de puissance paternelle, 1728. Délégation judiciaire de la puissance paternelle, 1655-1656. Surveillance de l'administration légale, 1713-1717. Déchéance de la puissance paternelle, 1733, 1734 et 1746. Fonctions en matière de tutelle, 1794 et 1964-II ; règles spéciales aux enfants naturels, 1801 *bis*. Exception de prescription, 2709. Pouvoir d'annuler les conventions contraires aux bonnes mœurs, 294. Autorisation des femmes mariées, 961, s. Conversion de la séparation en divorce, 1352. Voy. **Absence, Adoption, Bornage, Conseil judiciaire, Interdiction.**

Tribunaux criminels. Juges des questions d'état, 1403-1406 ; de puissance paternelle, 1747.

Tripier. 84-2°.

Trouble. Voy. Action possessoire.

Tunisie. Système Torrens, 2641. Suppression de la prescription, 2641 et 2646.

Turgot. Projet d'abolition des droits féodaux, 2390.

Tutelle. Mineurs. Bibliographie, 1749. Définition et caractères, 1750. Coexistence de la — et de la puissance paternelle, 1752 et 1755, en note. Ouverture de la —, 1755, s. — légale des père et mère, 1803, s. ; des ascendants, 1808 ; — testamentaire, 1805 ; — dative, 1813. — des enfants naturels, 1762, s., 1781, 1816-1817. Caractère obligatoire, 1836. Gratuité, 1857. Budget de la —, 1882, s. Gestion du patrimoine du pupille, 1885, s. Contrôle annuel, 1960. Excès de formalités, 1963. Cessation de la —, 1965. Compte de —, 1969, s. et 2018. Traités relatifs à la —, 1975, s. Prescription en matière de —, 1981, s.

Interdits. Règles générales, 2091, s. Tu-

teur agissant en nullité de mariage, 1852, en note, et 2097. Voy. **Assistance publique, Conseil de famille, Interdit, Mineur, Subrogé tuteur, Tuteur.**

TUTELLE OFFICIEUSE. 1609 et 1767. Application nouvelle, 1819. Voy. aussi 1883.

Tuteur. Diverses espèces de —, 1802, s. Pluralité de —, 1821. Auxiliaires salariés du —, 1835. Excuses, 1836. Incapacités, 1843. Exclusion, 1844. Fonctions du —, 1847. Étendue de ses pouvoirs : principe, 1851, s. ; détails, 1885, s. et 1964. — mineur, 1843-5° et 1853. Obligations du —, 1855, s. Responsabilité, 1859, s. Dol du —, 1852. Destitution, 1863. Entretien et exploitation des biens, 1885, s. Maniement des fonds, 1893, s. Placements, 1897, s Vente des meubles corporels, 1909 et 1943, s. Vente des valeurs mobilières, 1912, s. Aliénations d'immeubles, 1918. Emprunts, 1930. Actes interdits au —, 1929 et 1958. Voy. aussi 1964 *in fine*. Successions échues au mineur, 1932, s. Contrats avec le pupille, 1957. Achat de créances contre le pupille, 1958-3°. Mariage d'un enfant naturel, 760 761. Action en divorce, 1180. Demande en séparation de corps, 1304. — sortant, 1967-1968 Compte du —, 1969 et 2018. — d'un interdit, 2092, s. — des enfants naturels, 1816. Voy. **Conseil de famille, Cotuteur, Subrogé tuteur.**

TUTEUR AD HOC. Théorie générale, 1832, s. Désaveu, 1453. Administration légale, 1719. Mariage de l'enfant naturel, 760.

Universalité. Généralités, 2173 *bis*. Patrimoine, 2149. Fonds de commerce, 2247. Actions possessoires, 2302. Occupation, 2567. Usucapion, 2658.

Université. Personnalité, 3025.

Usage (Source du droit), 10, s. — locaux, 14. — commerciaux, 14-2°. Abrogation des lois, 231 et la note.

Usage (Droit réel). Notion générale, 2871, s. Comparaison avec les servitudes, 2935. Droits des riverains sur les petites rivières, 2417, s.

USAGES FORESTIERS. 2877 et 2878. Rachat, 3001.

Ustensiles aratoires. Caractère immobilier, 2220.

Usucapion. Voy. **Prescription acquisitive.**

Usufruit. Définition, 2747. Étymologie, 2775. Choses susceptibles d'—, 2748, s. — universel, 2750 et 2822-2°. Mode d'établissement de l'—, 2751, s. Transcription, 2755, — légaux, 2761, s. Entrée en jouissance, 2762. Inventaire, 2764. Caution, 2767. Droit de jouissance de l'usufruitier, 2775. Acquisition des fruits, 2784, s. Valeurs à lots, 2797. Trésor, 2798. Baux passés par le propriétaire et par l'usufruitier, 2799-2801. Exercice des actions, 2802. Réception des capitaux, 2804. Actes d'aliénation, 2808. Hypothèque, 2809. Cession de l'—, 2810. — d'un usufruit, 2812. Obligation de l'usufruitier pendant sa jouissance, 2813, s. Charges de l'—, 2820, s. Situation du nu propriétaire, 2824, s. Grosses réparations, 2833-2834. Causes d'extinction, 2837, s. Restitution des biens, 2862, s, Comptes. 2867, s. Prêts du Crédit foncier, 2828. Voy. **Fruits, Jouissance légale.**

Vagabondage. 596.

Vaine pâture. 2430, s. Voy. aussi 2385.

Valeurs mobilières. Appartenant à un pupille, 1912, s. ; à un mineur émancipé, 2023 et 2024 ; comp. 2029 ; à un mineur soumis à l'administration légale, 1714. Attribution des lots en cas d'usufruit, 2797. Remboursement à l'usufruitier, 2804, note.

Varech. 2577.

Velléien. Sénatus-Consulte —, 1621.

Vénalité. Voy. **Offices.**

Vente. Théorie générale, voy. t. II. Transfert de la propriété, 2590 et 2600, s. Transcription, 2612. — des biens d'un mineur, 1919 ; réforme de 1884, 1963. — des meubles d'un mineur émancipé, 2002-8° et 2021, en note. — de récoltes aux enchères, 2243. — d'un fonds de commerce, 2601. —, à livrer, 2597-2°. Voy. **Valeurs mobilières**

Viabilité. Enfant viable, 368 et 369.

Vices. — DU CONSENTEMENT. Généralités, 274, s. Mariage, 1039. Voy. ACTE JURIDIQUE, **Contrat, Volonté.**

— DE LA POSSESSION. 2275 à 2284.

Viduité. Délai de —, 731, 1124. Femme divorcée, 1256.

Vieillesse. Interdiction, 2040. Conseil judiciaire, 2111.

Ville. Clôture des propriétés, 2388. Voy. aussi 2513. Associations syndicales, 2436. Adduction d'eaux de sources, 2413. Voy. **Commune.**

Viol. Recherche de paternité, 1526-1°.

Violence. Vice du consentement, 277, s. Nullité de mariage, 1058 et 1066. Vice de la possession, 2278, s. Voy. **Action possessoire.**

Vœux monastiques. 1726 et 2000. Mort civile, 372. Obstacle au mariage, 739. Voy. **Ordres religieux.**

Voie publique. Voy. **Route, Rue.**

Voies de recours. Affaires de divorce, 1218, s. et 1244.

Voisins. Quasi-contrat de voisinage, 2366, s. Servitudes mutuelles, 2909, s.

Vol. — de meubles, 2483-2487. — des épaves, 2587. Voy. **Revendication.**

Volonté. Actes juridiques, 267, s. Volonté unilatérale, 270, en note. Vices de la —, 274, s. Actes d'un fou, 2074.

Vue. Servitude continue, 2895. Réglementation, 2913. — droites et — obliques, 2913. Acquisition par prescription, 2948. Voy. **Jour.**

TABLE DES TEXTES

CODE CIVIL

Articles	Nos du volume
1	163, s.
2	240, s.
3	187, s.
4	209.
5	155.
6	290, s.
7	425.
8	384, en note ; 425.
12	920-2°.
13	609.
19	920-2°.
22-23	372, s.
34-35	483.
36	480.
37	482, 859.
38-39	486.
40	469-472.
41	471.
42	483-486.
43	475.
44	485.
45	476, 478, 516, 519.
46	535, s., 545, 1778.
47	550, 867.
48	552.
53	473.
55	488, 492.
56	491, 493.
57	383, 493.
58	496.
59-61	497.
62	458.
63	793.
64	796.
65	798.
66	816, 821.
67	821, 826.
68	819, 823.
69	820, 821.
70	713, 718, 833.
73	767 768.
74	858, s., 1025.
75-76	860.
77-79	499, 501, 520.
80	505.
84-85	504.
86	506.
87-92	512, 514.
93	767.
99-101	526, 534.
102	555, 557, 566-569.
103	592, 594.
104-105	593.
106	589.
107	588, 589, 591.
108	572-582, 586, 587.
109	583-587.
110	563.
111	599-607.
112	620-623.
113	623.
114	622.
115	627.
116-117	628.
118	630.
119	629.
120-122	624-625.
139	1016, 1044.
141	1647-3°, 1760.
142-143	1647-3°.
144	705.
145	707.
146	1010.
147	1015, s.
148	744.
149	748.
150, al. 1.	751, 752, 1654.
al. 2.	750, 752, 1654.
151	773, 779.
152	749, 780.
153	755.
154	778.
155	754.
156	772-801.
157	801.
158	758, 759, 1648.
159	760, 761.
160	754.
161	725.
162-163	726.
164	730.
165	850, s.
166-168	791-795, 854.
169	797.
170-171	863, 1022.
172	803, 812.
173	804, 805.
174	806, 813.
175	807, 814.
176	816, s., 824.
177-179	828.
180-181	1057-1070.
182-183	1071-1083.
184	1030, s., 1042, 1043.
185	1051-1053.
186	1038.
187	1040.
188	1036.
189	1017, 1046.
190	1043.
191	1021, 1031, s., 1042, 1043.
192-193	1020, 1023, 1026.
194	868, s.
195	869.
196	870-872, 1054.
197	873, s.
198-200	878-888.
201-202	1091, 1117.
203	1680.
204	1727.
205	905, s., 662.
206	657, 667.

Articles	Nos du volume
207.....	664, 669, 671.
208.....	674, s.
209.....	682.
210-211..	684.
212.....	892, 1361.
213.....	919, 920.
214.....	893, s.
215-216..	936, 942.
217.....	933, s., 953-959.
218-219..	961, s., 970, s.
220.....	946, 982.
221.....	967, 972.
222.....	963, 965, 991.
223.....	980, s.
224.....	964.
225.....	319, s.
226.....	938.
227.....	1118, 1120.
228.....	731-733, 1001-3°, 1124, s., 1256.
229 230..	1159, s.
231.....	1163, s.
232.....	1171, s.
233.....	1153-1156.
234.....	1183, 1192.
235.....	1193.
236.....	1240, 1245.
237.....	1195.
238.....	1196, s., 1240, s., 1247.
239.....	1200, 1301, 1309, s.
240.....	1240, 1250.
241.....	1245.
242-243..	1251, s.
244.....	1180, 1208.
245, al. 1.	1200-3°.
al. 2.	1212.
246.....	1201.
247.....	1201, 1221.
248.....	1218, 1222, 1311.
249.....	1224.
250.....	1226.
251.....	1229, s.
252.....	1218, s., 1232, s., 1237.
253-274..	Abrogés.
275-294..	1153.
295.....	737, 1028, 1284, s.
296.....	731, 1124-1129.
298.....	735, 736, 1027, 1256.
299-300..	1267, s., 1332.
301.....	1258, s., 1336, 1361.
302-304..	1257, 1275, s.
305.....	1153.
306.....	1297, 1299.
307.....	1303, s.
308-309..	Abrogés.
310.....	1348, s.
311, al. 1.	1325.
al. 2.	1317, s.
al. 3.	1322, 1340.
al. 4.	1340, s.
312, al. 1.	1411, 1415-1419.
al. 2.	1376-1378, 1420, 1422, 1431, 1433.
313, al. 1.	1431, 1435, 1438.
al. 2.	1442-1447.
314.....	1366, 1417, 1426, 1440-1441.
315.....	1382, 1383, 1416.
316.....	1451, 1452, 1462.
317.....	1425, 1457.
318.....	1449, 1453-1456.
319.....	1385, 1386.
320-321..	434, 1387-1391.
322.....	1392.
323-324..	1393, 1398.
325.....	1459, 1463.
326.....	1403-1405, 1507.
327.....	1406, 1507.
328.....	1401, 1507.
329-330..	1407, 1410.
331.....	1552-1565.
332.....	1481, 1554.
333.....	1566-1568.
334.....	1469-1475.
335.....	1482-1484.
336.....	1475, 1477.
337.....	1488, 1495-1504, 666.
338.....	1485-1487.
339.....	1489-1492.
340.....	1519-1537.
341.....	1509-1518.
342.....	1538-1541.
343.....	1575-1577, 1584.
344, al. 1.	1580.
al. 2.	1586.
345.....	1585, 1588.
346.....	1579, 1587.
347.....	389, 391, 1601.
348.....	1599, 1602.
349.....	1599, 1603.
350-352..	Voy. t. III.
353.....	1593.
354-358..	1594.
359.....	1595.
360.....	1596.
361.....	1604-1608.
362-370..	1609.
371.....	1644.
372-373..	1645.
374.....	1660-1663.
375-377..	1664-1670, 1675-1677.
378.....	1674.
379.....	1675.
380.....	1670.
381.....	1671.
382, al. 1.	1670.
al. 2.	1676.
383.....	1649, s., 1678.
384.....	1689-1705, 2761.
385.....	1701.
386.....	1691, 1704.
387.....	1694.
388.....	1615.
389, al. 12	1706-1724.
al. 3 et s.	1765, 1769, 1781, 1801 *bis*, 1817.
390.....	1755, 1803.
391-392..	1804-2°, 1854.
393.....	1876-1877.
394.....	1804-1°.
395-396..	1804-3°, 1823-1828.
397.....	1805.
398.....	1807.
399-400..	1806.
402-404..	1808-1811.
405.....	1812-1813.
406.....	1769, 1774, 1786, 1787, 1814.
407.....	1769, 1778.
408-409..	1778, 1780.
410.....	1780.
411.....	1788.
412-414..	1789.
415.....	1790-1791.
416.....	1778, 1792.
417.....	1829-1831.
418.....	1861.
419.....	1867, 1968.
420.....	1865-1874.
421-422..	1870.
423.....	1869, 1871.
424.....	1867.
425-426..	1875.
427-441..	1836-1842.
442-449..	1843-1846, 1863.
450, al. 1.	1848-1852.
al. 2.	1856.
al. 3.	1957-1959.
451, al. 1.	1855.
al. 2.	1936.
452.....	1909-1911, 1913, 1943.
453.....	1946.
454, al. 1.	1882, 1890-1892.
al. 2.	1835.
455.....	1897.
456.....	1904.
457.....	1919-1921, 1930.
458.....	1794-1796, 1930.
459.....	1919.
460.....	1920-2°.
461.....	1937.
462.....	1939.
463.....	1924, 1925.

Articles	Nos du volume
464.....	1950-1953.
465.....	1931, 1940.
466.....	1941, 1963.
467.....	1955.
468.....	1879.
469.....	1969, s.
470.....	1960.
471.....	1970, 1972.
472.....	1724, 1975-1980.
473.....	1971.
474.....	1973.
475.....	1981-1982.
476.....	1994-1998.
477, al. 1.	1986.
al. 2.	1992.
478-479..	1987-1992.
480.....	1970, 2018.
481.....	2001-2008.
482.....	2021-2026.
483.....	2029.
484, al. 1.	2001, 2017, 2019, 2028.
al. 2.	2005-2008.
485.....	2031-2034.
486.....	2035.
487.....	2000, en note.
488.....	1615.
489.....	2039-2042.
490.....	2043-2044.
491.....	2045.
492.....	2046.
493.....	2049.
494.....	2050.
495.....	2051.
496.....	2051.
497.....	2088-2090.
498.....	2053, 2055.
499.....	2111, 2123-2130.
500.....	2057.
501.....	2058-2061.
502.....	2079-2084.
503.....	2085, 2144.
504.....	2076-2077.
505.....	2090.
506.....	2015, 2093.
507.....	2094.
508.....	2099.
509.....	2091.
510.....	2095.
511.....	2096.
512.....	2098.
513.....	2109, 2123-2130.
514.....	2116, 2117.
515.....	2117.
517.....	482.
518.....	483, s.
519.....	2239.
520.....	2205, 2242.
521.....	2242, 2243.
522.....	2220-1°.
523.....	2209.
524-525..	2210, 2229.
526.....	2230-2233, 2879.
527.....	2237.
528.....	2238-2240.
529.....	2244, 2261.
530.....	3001.
531.....	2239.
532.....	2240.
533-536..	2262.
537.....	3061.
538.....	3069-3076.
539.....	2170, 2188, 3087.
540-541..	3077.
542.....	3088-3090.
544.....	2329.
545.....	2438-2444.
547-548..	2228, 2296, 2361.
549-550..	2289-2301.
552.....	2391, s.
553.....	2525.
554.....	2722-2724.
555.....	2725-2737.
556-557..	2719.
558.....	2415, 2719.
559.....	2719.
560-562..	2720.
563.....	2719.
564.....	2575, 2718.
565-577..	2739.
578.....	2747, 2777, 2818.
579.....	2751.
581.....	2748, s.
582-584..	2778, 2789.
584, al. 2.	2787.
585.....	2789.
586.....	2786.
587.....	2808-2864.
588.....	2783.
589.....	2867.
590-594..	2791-2793, 2819.
595.....	2800, s., 2810.
596.....	2797.
597.....	2776.
598.....	2794-2796, 2819.
599.....	2868-2870.
600.....	2763-2766.
601.....	2767-2774, 2815, 2817.
602-604..	2770.
605.....	2821, 2833-2834, 2869.
606.....	2821.
607.....	2835.
608.....	2820.
609-612..	2822.
613.....	2826.
614.....	2816.
615-616..	2842.
617.....	2837, 2849, 2859.
618.....	2852-2856.
619.....	2841.
620.....	2840.
621.....	2824.
622.....	2848.
623-624..	2842-2843.
625-635..	2871-2874.
636.....	2876-2878.
637.....	2880, 2886.
638.....	2928.
640.....	2901-2904.
641.....	2498.
642-643..	2412-2414, 2916-2919, 2959.
644-645..	2416-2417.
646.....	2370-2382.
647.....	2385-2387.
648.....	2432.
651-652..	2367.
653-655..	2507-2510.
656-657..	2511-2513.
660.....	2507-2510.
661.....	2514-2518.
662.....	2511.
663.....	2388-2390.
664.....	2522-2523.
666.....	2509-2510.
667.....	2512.
668.....	2511, 2512.
669.....	2511.
670.....	2520.
671-673..	2914.
674.....	2912.
675.....	2511.
676-680..	2913.
681.....	2911.
682-685..	2920-2923.
686.....	2928-2934.
687.....	2893.
688.....	2894.
689.....	2897-2898.
690.....	2936-2959.
691.....	2938, 2945-2946.
692-693..	2960, 2962.
694.....	2963, 2981.
696.....	2964.
697-698..	2966.
699.....	2967.
700.....	2970.
701-702..	2965.
701, al. 3.	2971.
703-704..	2975.
705.....	2981-2982.
706-707..	2977.
708.....	2979.
709-710..	2987-2988.
711.....	2562, 2589, s.
713.....	2170, 2188.
714.....	2186, 2416.
715.....	2572.

Articles	Nos du volume
716.....	2578-2580, 2798.
717.....	2584.
727.....	678.
735-738...	644-649.
754.....	2761.
762.....,	664, 687.
768.....	2566, 2567.
815.....	2498, 2500.
896, al. 3..	2342.
901.....	2140.
907.....	1976.
908.....	1500, 1582.
938.....	2590.
939.....	2628.
940.....	2632.
941.....	2630-2632.
1117.....	332.
1123.....	1612.
1125.....	243-2°, 1621.
1138.....	2590, s., 2595, 2596, 2607, 2615.
1140.....	2607.
1141.....	2598
1166.....	436.
1174.....	273.
1175-1179.	313-315.
1181.....	309.
1184.....	2301.
1302.....	2865.
1304.....	343-4°.
1328.....	356.
1339.....	332.
1341.....	2454.
1351.....	361, 417, 440-450, 534, 544, 1428.
1352.....	358-360.
1429-1430.	2800.
1560.....	2702.
1583.....	2590, 2607, 2608.
1673.....	2359.
1743.....	2618, 2800.
2111.....	2624.
2219.....	2706.
2220.....	2712, s.
2221.....	2713, 2714.
2222.....	2715.
2223.....	2709.
2224.....	2710.
2225.....	2711, 2716, 2717.
2226.....	2648.
2227.....	2651.
2228.....	2263, 2265, 2294.
2229.....	2278, 2284, 2650.
2230-2231.	2321.
2232.....	2955-2958.
2233.....	2279.
2235.....	2673-2678.
2236.....	2312, 2649, 2802.
2237.....	2674.
2238.....	2320, s.
2239.....	2675.
2240.....	2319, 2320, 2649.
2242.....	2679.
2243.....	2680, s.
2244.....	2685.
2245.....	2687.
2246.....	2687-2688.
2247.....	2291.
2248.....	2693.
2251.....	2697-2705.
2252-2254.	2702.
2257.....	2654.
2258-2259.	2702, 2703.
2260-2261.	2656.
2262.....	2446, s., 2651, 2706.
2265.....	2651, 2658-2672, 2706, 2758.
2266.....	2671.
2267.....	2662.
2268.....	2668.
2269.....	2669.
2277.....	2456.
2279.....	2459, s., 2286, 2586, 2647, 2743, 2760.
2280.....	2486.
2281.....	263.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles	Nos du volume
2.....	559.
23.....	2303, 2802.
48.....	438.
49.....	828.
50.....	559.
57.....	2687, 2688.
59.....	560, 596.
61.....	2686.
68.....	559.
69-3°	596-610.
83.....	439, 530, 968, 1956.
117.....	1792.
130, 131 .	832.
173.....	2691.
193, s....	355.
268.....	665.
397-400..	2691.
420.....	559.
480-481..	993.
527.....	1971.
678.....	2621.
686.....	2621. Comp. 333.
834-835..	2610-2611.
857.....	533.
859.....	622.
863.....	963.
866.....	2689.
875.....	1307.
882.....	1861.
883.....	756, 1792, 1798, 1800.
889.....	1841.
892-893..	1793.
910-911..	1733.
943.....	1733.
953-954..	1715, en note.
968.....	1834.
975, s....	1941.
997.....	1919, en note.
1003.....	2133.
1004.....	1956.
1030.....	1177.

CODE DE COMMERCE

Articles	Nos du volume
2.....	1983.
4.....	969.
7.....	946.
66.....	1226.
113.....	1623.
193.....	2601.
195.....	2490-2°.
196.....	2601.
490.....	2624.

CODE PÉNAL

Articles	Nos du volume	Articles	Nos du volume	Articles	Nos du volume
4.....	246 et 252.	193.....	772, 801.	336.....	1206.
34-4°. ...	1783, 1845.	194.....	1128.	337-339..	899-901.
42-6°	1845.	199-200..	850.	340.....	717, 801.
57.....	383.	269.....	596.	346.....	489.
66.....	1658, 1738, 1742.	291.....	3038.	348-353..	1662.
127.....	155.	334-335..	1658, 1742.	357.....	1250.

CODE FORESTIER

Articles	Nos du volume	Articles	No du volume	Article	No du volume
63.....	2386.	151-168..	2907-5°.	219.....	2336-1°.
105.....	561.				

TEXTES DIVERS

(Les textes dont la nature n'est pas indiquée sont jusqu'à 1789 des ordonnances et depuis cette époque des lois.)

Dates	Nature et objet	Numéros
1215.	Concile de Latran.....	723.
1413. 30 mai.....	(Édit). Mines.....	2392.
1453. 17 avril.....	(Ord. de Montilz-les-Tours). Rédaction des coutumes.....	41.
1467. 21 octobre....	Offices.....	2533.
1539. Août	(Ord. de Villers-Cotterets). Art. 51. Registres de baptême.....	460.
	Art. 132. Insinuation.....	2626.
1555. 26 mars.....	Noms.	380.
1556. (v.st.). Février	(Édit). Mariages.....	
1560. Juillet.....	(Édit). Secondes noces.....	701, 746, 776.
1561. (1560 v. st.)		1123.
Janvier....	(Ord. d'Orléans). Art. 102. Tutelle.....	1943.
1563. 24 juillet.....	Concile de Trente.....	840.
1566. Février	(Édit. de Moulins). Domaine.....	3068.
	(Ord. de Moulins). Offices.....	2532.
1567. 12 novembre..	Offices.....	2533.
1579. Mai	(Ord. de Blois). Art. 18.....	1123.
	Art. 40.....	842, 869.
	Art. 44.....	869.
	Art. 181. Registres paroissiaux	460.
1580.	Coutume de Paris. Art. 170.....	2466.
	Art. 186.....	2943, s.
	Art. 223.....	930.
	Art. 235.....	946.
1604. 16 novembre..	Paulette.....	2533.
1606. Août	(Édit). Velléien.....	1621.
1607. Décembre....	(Édit). Grand Voyer.....	2444.
1626. Août	(Édit). Greffes d'insinuation.....	1322.
1629. Janvier.....	(Code Michaud). Art. 211. Noms de famille.	380.
1639. Novembre....	Mariages.....	701, 740, 746, 1024.
1669. Août	Eaux et forêts.....	2584, 2907-3°.
1673. 7 mars.....	(Arrêt de règlement). Tutelles.....	1771.

Dates	Nature et objet	Numéros
1681. Août	Marine	2573, 2576, 2584, 3073.
1697. Mars et juin	(Édit et décl.). Mariage	701, 740, 842.
1730. 22 novembre	Mariage	701.
1731. Février	Donations	2626, 2627, 2630, 2631.
1732. Décembre	(Édit). Tutelles	1771.
1736. 9 avril	(Décl.). Registres paroissiaux	460.
1749. Août	(Édit). Gens de mainmorte	3037, s.
1780. 20 mars	(Arrêt du Conseil). Extraction de matériaux.	2444.
1787. Novembre	(Édit). État civil	461, 846.
1789. 4 août	Féodalité	62, 2327, 3001.
20-26 août	Déclaration des droits de l'homme (art. 17).	2438.
1790. 16-24 août	Organisation judiciaire (Titre II, art. 2). Offices	2536.
	(Tit. II. art. 12). Arrêts de règlement	155.
1er décembre.	Cour de cassation	205.
1er décembre.	Loi domaniale	3062, 3066, 3068.
18 décembre	Emphytéose	2991, 3001.
1791. 7 juin-6 août.	Domaine congéable	2243, 2528, 3004.
12-29 juillet	Mines	2392.
6 août-6 oct.	Épaves	2584.
28 septembre.	Code rural	2335, 2363, 2385.
1792. 28 août	Puissance paternelle	1640.
28 août	Terres vaines et vagues	2499, en note.
11 septembre.	Étangs	2336.
20 septembre.	État civil. Registres	462.
	Officiers municipaux	463.
	Majorité	744, 1615, 1616.
	Puberté	705.
	Oppositions à mariage	800.
	Divorce	1135.
1793. 13 mai	Noms de guerre	407.
19 juillet	Droits d'auteur	2548.
An II. 17 vendém.	Mutation en douane	2601.
24 vendém.	Secours	557, 610.
26 brumaire	Noms	387.
17 nivôse	Successions	250.
7 messidor	Domaine public	3079.
6 fructidor	Noms	387.
An III. 9 messidor	Hypothèques	2991, 2994.
15 thermidor.	Divorce	1135.
An IV. 12 vendém.	Publication des lois	169-2°.
3 brumaire.	Inscription maritime	1665-1°.
An V. 16 vendém.	Hôpitaux	3025.
An VII. 11 brum.	Transcription	2602, 2627, 2991.
3 frimaire.	Contributions directes	2566.
22 frimaire.	Enregistrement. Art. 27	3001.
	Art. 60	2358.
	Art. 69, § 5-1°	2243.
	Art. 70, § 3-8°	477.
	Art. 72	2627.
21 ventôse	Droit de transcription	2610.
An VIII. 22 frim.	Constitution. Art. 21 et 37	156.
5 nivôse	Conseil d'État	213.
5 pluv.	(Av. C. d'État). Date des lois	178.
28 pluv.	Organ. administrative. Art. 13	463.
	Art. 4	2444.
An X. 18 germinal	Fabriques	3027.
	Articles organiques du Concordat. Art. 54.	850.
15-16 floréal	Domaines	3068.
20 prairial	(Arrêté). Publications de mariage	797.

Dates	Nature et objet	Numéros
An XI. 12 brumaire.	(Av. C. d'État). État civil	490, 526, 532.
25 ventôse...	Notariat. Art. 2	589.
	Art. 8 et 10	655.
	Art. 9 et 11	561, 1624.
	Art. 18	2061-2°.
	Art. 20, 23 et 68	1470-2°.
11 germinal.	Noms	388, s., 405.
20 prairial..	Dispenses d'âge	707.
25 thermid..	(Arrêté). Distances légales	169-4°.
An XII. 30 ventôse.	Promulgation du Code civil	82, 227, 739, 3001.
28 floréal...	(Sén.-Cons.). Création de l'Empire	203, en note.
An XIII. 15 pluviôse.	Hospices	1766.
17 germin.	(Av. C. d'État). Absents militaires	720.
25 prairial.	(Av. C. d'État). Promulgation des décrets..	177.
4 therm...	(Av. C. d'État). Preuve des décès	754, 833-4°.
11 fructid.	(Av. C. d'État). Inscription d'hypothèques..	2610.
1806. 24 mars	Rentes	1913, 1915, 2023, en note.
24 avril	Code de procédure	176.
14 juillet	(Décr.). Enfants mort-nés	495.
20 novembre..	(Av. C. d'État). Ecclésiastiques	1839.
1807. 18 février	(Décr.). Congrégations de femmes	741.
2 juillet	(Av. C. d'État). Extraits de l'état civil	477.
20 juillet	(Décr.). État civil	474.
16 septembre.	Marais	2336, 3082.
	Alignement (art. 50)	2444-1°.
16 septembre.	Interprétation des lois	213.
1808. 16 janvier	Banque de France	2235-1°.
1er mars	(Décr.). Majorats	2235-3°, 2648.
7 mars	(Décr.). Cimetières	2334.
30 mars	Tribunaux	439, en note, et 1218.
7 mai	(Déclar. impériale). Mariages	726, 730.
16 juin	Mariage des militaires	738.
20 juillet	(Décr.). Israélites	336.
1809. 18 février	(Décr.). Ordres religieux	1726.
17 mars	(Décr.). Majorats	959.
30 décembre..	(Décr.). Fabrique d'église	3027.
1810. 10 mars	(Décr.). Canaux	2235-1°, en note.
16 mars	(Décr.). Canaux	2235-1°, en note.
20 avril	Organisation judiciaire. Art. 46	808.
21 avril	Mines	2236, 2394, 2408, 2795.
13 août	(Décr.). Épaves	2584.
1811. 19 août	Enfants trouvés. Art. 15	573.
9 avr.-16 déc..	(Décr.). Départements	3023, 3060.
18 juin	(Décr.). Tarif criminel	532-1°.
1812. 30 janvier	(Circ. min.). Enfants trouvés	385.
1813. 3 janvier	(Décr.). Mines	511.
25 septembre.	(Décr.). Banque de France	1913, 1915 et 2023, en note.
5 novembre..	(Note du Président Barris). Questions préjudicielles	1404, en note.
1814. 18 novembre..	Repos du dimanche	231.
1816. 28 avril	(Loi du budget). Art. 52-54. Droit de transcription	2610, 2636, et 1938, en note.
	Art. 91. Droit de représentation	2537, s.
	Art. 180. Tabac	2336-4°.
8 mai	Divorce	1137.
12 juin	(L. belge). Partage judiciaire	1963.
27 novembre..	(Ord.). Promulgation des lois	169-4°.

*

Dates	Nature et objet	Numéros
1817. 2 janvier....	Congrégations	3039.
13 janvier....	Militaires disparus	509.
25 mars.....	Loi de finances. Art. 75. Enregistrement	532-1°.
	Art. 143. Forêts	3081.
2 avril.....	(Ord.). Établissements religieux	2235-3°.
25 août.....	(Ord.). Noblesse	410.
1818. 21 juillet.....	(Circ. min.). État civil	467.
1820. 29 novembre..	(Ord.). Mariage des militaires	738.
1822. 28 mai.....	(Circ. min.). État civil	500.
1823. 26 novembre..	(Ord.). État civil	525.
17 décembre..	(Av. C. d'État). Interprétation des lois	214.
1825. 12 mai.....	Plantations des routes	2528.
24 mai.....	Congrégations	3038, 3057.
3 août.....	(Décr. minist.). Épaves	2584, 2586.
1828. 30 juillet.....	Référé au législateur	210, en note ; et 214.
1829. 22 février....	(Ord.). Épaves	2584.
15 avril.....	Pêche	2574, 3070.
1830. 25 juin.....	(Ord.). Presse	157.
1831. 4 mars.....	Traite des noirs	364.
4 mars.....	(Circ. min.). Mariage des étrangers	864.
18 avril.....	Loi de finances. Art. 3 et 4	2235-1°.
29 avril.....	(Ord.). Rentes sur l'État	1917, en note.
1832. 20 janvier....	(Ord.). Mariage des militaires	738.
16 avril.....	Dispenses de parenté	730.
1833. 31 janvier....	Postes	2584.
1834. 17 mai.....	Banque de France	2235.
1835. 10 avril.....	(Ord.). Cours d'eau	3070.
1837. 1er avril.....	Cour de cassation	205.
1838. 25 mai.....	Juges de paix	203.
30 juin.....	Aliénés	2065-2073, 2086, 2087, 2100-2105.
1840. 17 juin.....	Mines	2396.
1841. 3 mai.....	Expropriation	2439-2444, 2741, 2844, 1920-1°.
1843. 21 juin.....	Actes notariés	251, en note, 1479.
1844. 5 juillet.....	Brevets	2550, 2601.
26 juillet.....	(Circ. min.). Usages locaux	14, en note.
3 mai.....	Chasse	2568, s.
1845. 28 février....	(L. belge). Publication des lois	175.
29 avril.....	Irrigations	2417, 2904, 2924-2926.
15 juillet....	Chemins de fer (art. 5 à 10)	2907.
1846. 15 novembre..	(Ord.). Chemins de fer (art. 63)	2341.
1847. 11 juillet.....	Servitudes	2927.
1848. 27 avril.....	(Décr.). Abolition de l'esclavage	260-6°, 364.
1849. 20 février....	Mainmorte	3031, 3097-5°.
1850. 15 mars.....	Instruction publique. Art. 79	1880, 2°.
13 avril.....	Logements insalubres	2334.
10 juillet.....	Contrat de mariage	532.
15 juillet.....	Secours mutuels. Art. 10	3055.
6 décembre..	Désaveu	1443-1447.
6 décembre..	Terres vaines et vagues	2499, en note.
10 décembre..	Mariage des indigents	532.
1851. 22 février....	Apprentissage	1665, 1740.
5 juin.....	Ventes publiques	2242-2243.
16 décembre..	(L. belge). Hypothèques	2623, 2637.
1852. 24 janvier....	(Décr.). Titres nobiliaires	411.
21 février....	(Décr.) Limites de la mer	2444.
26 mars.....	Secours mutuels	3038, 3055.
15 octobre....	(Circ. min.). Célébration des mariages	856.
1853. 9 juin.....	Pensions civiles. Art. 13	1327.

Dates	Nature et objet	Numéros
1854. 31 mai	Mort civile	374, 1630.
10 juin	Drainage	2924-2925.
1855. 23 mars	Transcription	2600, s.
	Art. 1er	2612-2614.
	Art. 2	2338, 2800, 2942.
	Art. 3	2615-2624.
	Art. 4	2356, 2613.
	Art. 11	2942.
1856. 16 avril	Déclaration de Paris	2582.
1857. 20 mars	(Décr.). Aliénés	2067.
1860. 28 juillet	Reboisement	2336-2°.
1862. 2 juillet	Agents de change	2539.
1863. 20 mai	Canaux	2235, en note.
1864. 18 juin	(Décr.). Rentes sur l'État	1917, en note ; 2024.
1865. 21 juin	Associations syndicales	1920-1°, 2435-2437, 3040.
1866. 2 juillet	(Décr.). Instruction publique	1880-2°.
14 juillet	Droits d'auteur	1327, 2548, 2761, 2837, 2841.
1867. 24 juillet	Sociétés. Art. 66	3040.
1868. 8 février	Varech	2444-4°, 2577.
1870. 5 novembre	Publication des lois	170, 177, 239.
1871. 12 mai	Meubles volés	2648.
26 mai	Prescription	2704.
10 juillet	État civil	543.
19-23 juillet	État civil	523, 547.
9 août	Militaires disparus	509.
1872. 6 janvier	État civil	523.
10 janvier	Titres nobiliaires	414.
12 février	État civil	543, 546.
30 mars	Biens de mainmorte	3031.
5 mai	(L. prussienne). Livres fonciers	2599, 2642, s.
15 juin	Titres au porteur	2491-2492.
21 août	(Décr.). Conseil d'État. Art. 5	3039.
24 août	Conseil d'État	153.
1873. 25 mars	Déportés. Art. 13	2761.
	Art. 17	598.
10 avril	(Décr.). Titre au porteur	2492.
1874. 7 décembre	Professions ambulantes	1658-4°, 1729, 1734.
1875. 12 juillet	Enseignement. Art. 12	3055.
16 juillet	(L. const.). Promulgation des lois. Art. 7	174.
1876. 6 avril	(Décr.) Promulgation des lois	166.
1877. 3 septembre	Réquisitions militaires	2444-6°.
1878. 31 août	(Décr.). Transportation	1327.
1879. 20 décembre	Prescription	2704.
1880. 27 février	Valeurs mobilières. Art. 1 et 2	1915-1916.
	Art. 3	1916.
	Art. 4	2023.
	Art. 5	1927, 1947-1949.
	Art. 6	1893-1905.
	Art. 7	1866.
	Art. 10	1917.
27 juillet	Mines	2399, 2401, 2405.
1881. 9 avril	Caisses d'épargne. Art. 6	1617-5°, 943.
20 août	Code rural	2501, 2520, 2972.
1882. 28 mars	Instruction obligatoire	1658.
4 avril	Terrains en montagne	2336-2°.
1884. 21 mars	Syndicats	3040, 3052.
5 avril	Organisation municipale. Art. 81-84	463.
	Art. 85	466.

Dates	Nature et objet	Numéros
	Art. 92.	463.
	Art. 111	3012.
27 juillet	Divorce	1130, s.
23 octobre	Ventes judiciaires	1963.
1885. 28 mars	Marchés à termes	245, 252.
30 avril	(Décr.). Divorce	1218.
5 juillet	(L. tunisienne). Acte Torrens	2641.
25 juillet	Facultés	3025.
1886. 12 janvier	Taux de l'intérêt	245, 252.
18 avril	Divorce	1130, s. ; 1176, s.
20 juillet	Retraites pour la vieillesse	943.
1887. 30 mars	Monuments historiques	2341, 3079.
1888. 1er mars	Pêche	2573.
22 décembre	Associations syndicales	2436, 3040.
1889. 4 avril	Code rural	2718.
26 juin	Nationalité	383, en note, 609.1649
9 juillet	Vaine pâture	2385, 2386, 2433, 2434.
	Art. 13	2336, en note.
15 juillet	Service militaire. Art. 59	1617.
24 juillet	Puissance paternelle	1734-2°, 1735-1746.
	Art. 9	1647, 1758.
	Art. 10-11	1758.
	Art. 13	1819.
	Art. 17-21	764, 1655-1656, 1662.
	Art. 24	1818.
1890. 22 mars	Communes	3012, 3023.
22 juin	Code rural	2433.
1891. 9 mars	Conjoint survivant	687, 907, s., 2761, 2837, 2841.
1892. 26 janvier	Tutelle des indigents. Art. 1	1754.
15 mars	(L. tunisienne). Suppression de la prescription	2641.
2 novembre	Travail des enfants	1619, 1729.
1893. 6 février	Séparation de corps	393, 396, 577, 1312, s.
16 mars	Jugements d'interdiction	458, 2060-2061.
8 juin	État civil	497, 512, s., 548, 614.
15 juillet	Assistance médicale	557.
1895. 18 janvier	(Décr.). Transportés	598, 2761.
20 juillet	Caisses d'épargne. Art. 16	943, 1617-5°.
1896. 25 mars	Enfants naturels	1500.
31 mars	Hôteliers	2584-5°.
20 juin	Consentement à mariage	749, 754, 755, 775, 828.
10 juillet	Universités	3025.
1897. 8 février	Domaine congéable	2738, 3004.
17 août	État civil	458, 1565.
17 août	Publicité du mariage	718.
3 décembre	Canal du Midi	2235, en note.
7 décembre	Femmes témoins	482, 859, 1625.
1898. 23 janvier	Femmes électrices	1625.
10 mars	Officiers ministériels	2541, en note.
17 mars	Cadastre	2356, 2635, en note.
	Art. 8 et 9	2383.
1er avril	Secours mutuels. Art. 31	3055.
4 avril	Postes	2584-4°.
6 avril	Puissance paternelle	1734-3°, 1747.
8 avril	Régime des eaux	2410, s., 2924, 2925.
	Art. 3	2189, 2387, 2421.
	Art. 5	2417, 2904.
	Art. 6	2907-6°.
	Art. 9	2420, 2426.

Dates	Nature et objet	Numéros
	Art. 10	2418.
	Art. 11 et 14	2424, 2427.
	Art. 16	2425.
	Art. 27	2907-6°.
	Art. 30-34	3070.
	Art. 35	3071.
	Art. 36	2444-2°, 3070.
	Art. 37	2189.
	Art. 40-45	2428.
1899. 26 novembre..	(Décr.). Audiences solennelles	439, en note, 1218, 2057.
1900. 1er décembre..	Femmes avocats	1625.
30 décembre..	Terres vaines et vagues	2499, en note.
1901. 8 février....	Titres au porteur	2491-2492.
1er juillet....	Associations	3041-3043.
	Art. 9	3055.
	Art. 17 et 18	3056.
13-22 août....	Maisons de Paris	2334.
29 novembre..	Mariages à l'étranger	863.
5 décembre..	Enlèvement d'enfants	1242, 1730-3°.
1902. 8 février....	Titres au porteur	2491, s.
15 février....	Logements insalubres	2334.
25 février....	Droit de mutation	2197-12°.
25 juin.....	Emphytéose	2991.
1903. 31 décembre..	Épaves terrestres	2584-6°.
1904. 27 juin.....	Enfants assistés. Art. 11	1818.
	Art. 12	1782.
	Art. 13	763, 1868.
	Art. 15	1848.
	Art. 18	1819.
15 décembre..	Abrogation de l'art. 298	736.
1905. 21 mars.....	Loi militaire. Art. 28	1403, en note.
	Art. 50	1619.
12 juillet.....	Juges de paix	203-2°, 677, 2303.
15 juillet.....	Prud'hommes	203-3°.
9 décembre..	Séparation de l'État et des Églises	840, 1029, 3027.
1906. 21 février....	Jouissance légale	1704.
12 avril.....	Majorité pénale	1619.
30 novembre..	Actes de naissance des enfants naturels	476, 477.
1907. 30 janvier....	Prescription. Art. 4	636-5°.
	Art. 31	2584-4°.
21 juin.....	Conditions du mariage	744, 749, 755, 761, 793, s., 854.
2 juillet.....	Enfants naturels	1649, 1650, 1689, 1765, s., 1781, 1801 *bis*, 1817.
13 juillet.....	Délai de viduité	731, 1264.
13 juillet.....	Gains de la femme mariée. Art. 1 à 5	948.
	Art. 6	942.
	Art. 7 à 10	906.
7 novembre..	Enfants adultérins	1418, 1482, 1553.
1908. 6 avril.....	(L. belge). Recherche de la paternité	1523.
6 juin.....	Séparation de corps	1350.
15 juin.....	Servitudes	2907-7°.
1909. 13 février....	Adoption	1601.
14 juillet.....	Séparation de corps	1306.
1910. 6 avril.....	Administration légale	1710, 1714, s.
9 avril.....	Droits d'auteur	2549.
1912. 16 novembre..	Recherche de la paternité naturelle	1519, 1526, s.
1913. 10 mars.....	Mariage	747, 754, 755 *bis*, 758.

Dates	Nature et objet	Numéros
31 décembre..	Monuments historiques.....	2341.
1914. 1er juillet.....	Dispenses de mariages.....	726.
1915. 4 avril.....	Mariage par procuration.....	858.
19 août.....	Mariage par procuration.....	858.
30 décembre..	Légitimation	1557.
1917. 20 mars.....	Tutelle.....	1783, 1843, 1871.
7 avril.....	Mariage par procuration.....	858.
27 juillet.....	Pupilles de la nation.....	1843.
15 novembre..	(Décr.). Pupilles de la nation.....	1843.

PARIS

TYPOGRAPHIE PLON-NOURRIT ET Cie

RUE GARANCIÈRE, 8

821

DEC 13 1983

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY